Das Girosammeldepot

(Unter besonderer Berücksichtigung
des nicht intakten Depots).

INAUGURAL-DISSERTATION

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

FRANZ SCHOLZ

aus Schwientochlowitz (Oberschlesien)

Approbiert am 28. Nov. 1935.

1 9 NOLTE 3 6

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

1936/119

Referent: Prof. Dr. Liermann.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INHALTS-VERZEICHNIS

§ 1. Einleitung.

Hauptteil:
Das Girosammeldepot.

§ 2. Die schuldrechtlichen Beziehungen der Bankenkundschaft im Verhältnis zu den am Sammeldepot beteiligten Mitgliedsbanken 1

— mittelbare Verwahrung Seite 2; Bedeutung der Geschäftsordnung des Sammelverkehrs für den Kunden Seite 3; die rechtliche Natur des Verwahrungsvertrages: alternatives depositum irregulare, Bedeutung der Gattungsklausel Seite 4 ff. —

§ 3. Die schuldrechtlichen Beziehungen der Mitgliedsbanken zur Girosammelstelle 8

— Grundlage: § 1 GO: ebenfalls alternative dep. irregularia —

§ 4. Die dinglichen Rechtsbeziehungen der am Sammeldepotverkehr Beteiligten. (Der einfache Girosammelverkehr) 9

— Prüfung der Vertragstheorie, Ausgang von § 7 GO. Seite 11; der Wille zur Eigentumsübertragung Seite 11 f.; die Parteien des dinglichen Vertrages Seite 11 f.; Gegenstand der Eigentumsübertragung Seite 12 f.; die Besitzverhältnisse Seite 13 ff. —

§ 5. Die dinglichen Rechtsbeziehungen der beim Sammeldepot Beteiligten. (Fortsetzung: Der erweiterte Sammelverkehr). , , . 17

— Konstruktion auf Grund der Rechtsfigur „des Geschäfts, wen es angeht". Seite 18 ff.; andere Konstruktionen Seite 20 ff.

Ergänzung: Das Auslieferungsgeschäft Seite 21 ff., dieses beim einfachen Giroverkehr S. 22 und beim erweiterten Sammelverkehr Seite 23 f.

§ 6. Probleme des nicht intakten Depots 23

— Die Gemeinschaft der Miteigentümer Seite 23; die Regelung der Verluste nach § 25 GO., Wirkung nur zwischen Sammelstelle und Mitgliedsbanken Seite 24 f.; die Rechtslage des Kunden, Gemeinschaftstheorie Seite 25 ff.; Grenzen der Gemeinschaftstheorie Seite 29 f.; die praktische Durchführung der Verlustverteilung Seite 31 f.

Ergänzung: rechtswidrige Verfügungen der Banken zum Nachteil der Kundschaft Seite 32 f. —

§ 7. (Exkurs) Probleme der Einkaufskommission 33

VERZEICHNIS DER BENUTZTEN SCHRIFTEN.

Ascher, Bernhard, die Rechtsgrundlage des stückelosen Effektenverkehrs (Diss.) Bonn 1927.

Billmann, Andreas, das Effektensammeldepot (Diss.) Erlangen 1929.

Deichmann, Rudolf, Effektenzentral-Sammeldepots (Diss.) Göttingen 1929.

Düringer-Hachenburg, das Handelsgesetzbuch V. Band, 2. Hälfte, 3. Aufl., Mannheim und Berlin 1932.

Erlanger, Karl, Eigentumserwerb beim Effektensammeldepot (Diss.) Tübingen 1931.

von Ibell, Rudolf, technische und rechtliche Fragen zum stückelosen Effektenverkehr, Heidelberg 1929.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung 6. und 7. Auflage Band 1 Berlin und Leipzig 1931.

Kiesow, Dr. Werner, der stückelose Wertpapierverkehr in „Abhandlungen aus dem staatswissenschaftlichen Seminar an der Universität Erlangen" Heft 5.

Lehmann-Ring, das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich.

Lemaitre, Bernhard, der Effektenlieferungsverkehr und das Effektengirodepot (Diss.) Frankfurt am Main, 1926.

Lengeling, Hildegard, der Effektengiroverkehr in Deutschland, Hamm 1929.

Mayer, Kurt, die Bankdepotgeschäfte (Diss.) Leipzig 1908.

Meineke, Carl, Bankdepotgeschäfte, insbesondere Summen- und Sammeldepot, sowie ihr Verhältnis zum § 2 des Depotgesetzes (Diss.) Erlangen 1914.

Metze, A., der erweiterte Effektengiroverkehr in „Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht" Band 90 Stuttgart 1927 und Band 91 Stuttgart 1928.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches Berlin 1912.

Pavel, Horst, das Girosammeldepot und die Einbeziehung der verlosbaren Wertpapiere in den Effektengiroverkehr (Diss.) Berlin 1931.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, III. Band: Sachenrecht Berlin und Leipzig 1933.

Riesser(-Bernstein), das Bankdepotgesetz. 5. Auflage, Berlin 1928.

Savigny, das Recht des Besitzes 7. Auflage, Wien 1865.

Schumann, Dr. Hans, zur Frage vom Miteigentum beim Sammeldepot, in „Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht" Marburg 1931.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch 14. Auflage, Berlin und Leipzig 1933.

I. v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze III. Band Sachenrecht, München, Berlin und Leipzig 1935.

von Thur, Andreas, der allgemeine Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts, München und Leipzig 1910/1914.

Wittekind, Gustav, Depotarten, Gießen 1909.

Wolf, Dr. Martin, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III. Band Sachenrecht, 9. Bearbeitung, Marburg 1932.

Bank-Archiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen Berlin (BA.)

Höchstrichterliche Rechtsprechung, Berlin. (HRR.)

Juristische Wochenschrift, (JW.)

Kommentar der Reichsgerichtsräte = Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts erl. von Dr. Busch u. a. 1935 (und 6. Aufl. von 1928) — RGRKomm.

Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht (LZ.)

Magazin der Wirtschaft 1926

Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, begründet von Dr. P. Holdheim, Berlin.

J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (SA.)

Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG.)

Zeitgemäße Bankrechtsfragen, Festgabe für Arthur Salomonson, Berlin 1929.

Zentralblatt für Handelsrecht

§ 1. (Einleitung).

Die Einrichtung des Effektengiroverkehrs ist bekannt. Wirtschaftlich ist sie von vornherein gerechtfertigt. Denn es muß, nachdem man mit dem bargeldlosen Geldverkehr die günstigsten Erfahrungen gemacht hatte, zweckmäßig erscheinen, dessen Vorteile auch dem Effektenverkehr zugänglich zu machen, ihn „stückelos" zu vollziehen und damit die Kosten und Risiken des Transportes großer Papiermengen zu vermeiden [1]).

Die rechtliche Begründung der Vorgänge beim stückelosen Effektenverkehr begegnet jedoch erheblichen Schwierigkeiten. So erklärt es sich, daß das entsprechende Schrifttum verhältnismäßig umfangreich ist. Es läßt das Bestreben erkennen, die Einrichtung rechtlich zu erfassen und zu rechtfertigen und in der Tat haben die rechtlichen Erkenntnisse vornehmlich bis zum Jahre 1931 erhebliche Fortschritte gemacht. Seit dieser Zeit ist jedoch eine eingehende Erörterung unterblieben, weshalb das vorliegende Schrifttum heute zum Teil als überholt angesehen werden kann. Der heutige Effektengiroverkehr vollzieht sich unter Benutzung typischer Formulare und auch die Geschäftsordnungen der Effektengirobanken gelten in anderer Fassung als das zur Zeit der Entstehung des vorliegenden Schrifttums der Fall war.

Die Arbeit geht deshalb von der jetzigen Form des Effektengiroverkehrs aus und versucht, die Rechtsstellung der beteiligten Kreise zu erfassen und dort, wo etwa die bisher von der Literatur gewonnenen Ergebnisse eine stärkere Vertiefung erfordern, zu einer weiteren Klarstellung beizutragen. Dabei werden die schuldrechtlichen Beziehungen der Beteiligten, alsdann die dinglichen Rechtsverhältnisse beim Ein- und Auslieferungsgeschäft, schließlich die bisher fast garnicht behandelten Fragen erörtert, die im Falle des nicht intakten Depots, d. h. dann auftreten, wenn aus irgend einem Grunde die Zahl des Sollbestandes der Effekten mit dem Istbestand nicht übereinstimmt. Gerade ein derartiger Fall kann immer einmal auftreten und bei der Eigenart der zu entscheidenden Rechtsfragen erweist sich deren Behandlung als außerordentlich ansprechend.

§ 2. Die schuldrechtlichen Beziehungen der Bankenkundschaft im Verhältnis zu den am Sammeldepot beteiligten Mitgliedsbanken.

Will man die schuldrechtlichen Beziehungen der am Sammeldepotverkehr beteiligten Kreise erfassen, so wird man, dem tatsächlichen Geschehen folgend, zunächst das Rechtsverhältnis der Bankenkund-

---

1) Vergl. über die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit des stückelosen Effektenverkehrs Lemaitre, S. 10 ff.

schaft zu den den Giroverkehr vermittelnden Banken einer Prüfung unterziehen müssen. Denn die Regel ist, daß irgend ein Kunde Effekten an eine Bank zur Einlieferung in das Sammeldepot begibt oder von der Bank Effekten an den Kunden ausgeliefert werden, wobei die Effekten von der Bank bei einer Effektengirobank (Sammelstelle) in Sammeldepot gelegt bezw. von dort abgehoben werden. Erst in zweiter Linie werden die Beziehungen der vermittelnden Banken zu der Sammelstelle selbst zu erörtern sein.

Wendet sich ein Kunde, der Effekten deponieren will, an seine Bank, so wird ihm in der Regel die Verwahrung im Sammeldepot vorgeschlagen. Er erhält Zug um Zug gegen Übergabe der Effekten an die Bank von dieser folgendes Schreiben[2]) ausgehändigt:

„Wir empfingen heute für Ihre Rechnung folgende Aktien — folgt Bezeichnung —, worüber wir Ihnen separat Gutschriftsaufgabe erteilen.

Vorstehende Effekten haben wir Ihnen auf Depotkonto S (Sammeldepot) gutgeschrieben, sodaß wir berechtigt sind, an Stelle der eingelieferten Nummern andere Nummern zurückzugeben.

Wir bitten Sie, uns durch Rücksendung der von Ihnen unterschriebenen Anlage Ihr Einverständnis hierzu mitzuteilen und zeichnen . . . . . Bank."

Die Anlage lautet:

„Ich bin mit der Sammelverwahrung der für mich eingelieferten nachstehend verzeichneten Wertpapiere — folgt Bezeichnung — durch eine Effektengirobank nach deren Geschäftsordnung einverstanden, sodaß Sie berechtigt sind, an Stelle der hinterlegten Wertpapiere gleichartige Wertpapiere zurückzugewähren. Mein Eigentum bleibt in Form des Miteigentums am Sammeldepot erhalten. Unterschrift des Kunden."

Prüft man die Rechtslage, die nach erfolgter Unterschrift des Kunden besteht, so ist festzustellen: es besteht zwischen der Bank und dem Kunden ein Verwahrungsvertrag, da das gesetzliche Erfordernis, eine von dem Hinterleger übergebene bewegliche Sache aufzubewahren (§ 688 BGB.), gewollt und erfüllt ist. Dieser Vertrag hat eine Besonderheit: der Verwahrer ist nämlich berechtigt — nicht ausdrücklich verpflichtet —, die Effekten bei einer Effektengirobank, also einem Dritten, zu hinterlegen. Damit ist die Art der Verwahrung ebenfalls offenbart. Es handelt sich um sog. mittelbare Verwahrung, weil durch den Vertrag die Hinterlegung bei einem Dritten — hier der Sammelstelle — gestattet ist (§ 691 BGB.)[3]).

---

2) Dieses entspricht den heute regelmäßig im Bankverkehr verwendeten Formularen. (Formular der Dresdner Bank).

3) Siehe dazu Ascher § 14; RGR.Komm. zu § 691.

Diese besondere Bewahrungsform ändert nichts daran, daß schuldrechtliche Ansprüche auf Grund dieses Vertrags nur zwischen dem Kunden und der Bank, nicht etwa darüber hinaus zwischen dem Kunden und dem Dritten — hier der Effektengirobank — bestehen [4]).

Die Art der Gestattung des Kunden, die von ihm eingelieferten Wertpapiere bei einer Effektengirobank zu hinterlegen, bedarf einer näheren Erörterung. Im Rahmen des § 691 BGB. ist es dem Verwahrer grundsätzlich freigestellt, in welche Rechtsbeziehungen er zu dem Dritten treten mag, ob er mit diesem selbst wieder einen Verwahrungsvertrag schließen und wie er im einzelnen bezüglich des verwahrten Gegenstandes die Rechtsbeziehungen regeln will. Anders ist es hier. Denn der Kunde gestattet nur, daß seine unmittelbare Vertragskontrahentin, die Bank, die Wertpapiere bei einer Effektengirobank ins Sammeldepot gebe. Zweifellos bedeutet das gegenüber dem Regelfalle des § 691 BGB. eine erhebliche Einschränkung der Befugnisse der Bank, da sie eben als Dritten nur eine Effektengirobank auswählen darf.

Darüber hinaus aber fragt es sich, ob der Bank nicht auch hinsichtlich der Ausgestaltung ihrer vertraglichen Beziehungen zur Girobank bestimmte Verpflichtungen auferlegt werden, da der Kunde sich nur mit einer Verwahrung nach der Geschäftsordnung einer Effektengirobank einverstanden erklärt. Was bedeutet, so wird man versucht zu fragen, die Gestattung der Hinterlegung nach der Geschäftsordnung der Girobank für das Verhältnis des Kunden zu seiner Bank?

Bevor diese Frage beantwortet wird, ist zunächst vorauszuschicken, daß die Geschäftsordnung der Effektengirobanken, deren Inhalt zunächst dahingestellt bleibt, dem Kunden überhaupt nicht zu Gesicht kommt. Die dem Effektengiroverkehr als Mitglieder angeschlossenen Banken haben in der Regel überhaupt nur ein Exemplar der Geschäftsordnung im Besitz, legen aber auch dieses regelmäßig dem Kunden nicht vor. Auch die Kundschaft pflegt sich, wie durch eingehende Nachfrage bei den verschiedensten Banken festzustellen war, nicht danach zu erkundigen, welchen Inhalt diese Geschäftsordnungen haben. Sie unterzeichnet ausnahmslos das oben wiedergegebene Bestätigungsschreiben ohne Kenntnisnahme der Bestimmungen, die die Geschäftsordnungen der Effektenbanken, die übrigens alle gleichlauten, enthalten.

Danach steht wohl unzweifelhaft fest, daß der Kunde selbst der Geschäftsordnung nicht unterworfen ist, daß die Geschäftsordnung

4) So auch Düringer-Hachenburg Anh. z. § 424, Anm. 7 e, S. 1081 RGR.Komm. Anm. 1 z. § 691, S. 388. Die oben vertretene Auffassung wird auch bestätigt durch die Entscheidung des RG. in JW. 32, 238, wo ausgeführt ist, daß die Zustimmung des Kunden zur Hinterlegung in einem Sammeldepot nicht Vollmacht zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts im Namen des Kunden, sondern eine Einwilligung zu einem Handeln im eigenen Namen darstelle. Der Streit, ob dem Hinterleger in analoger Anwendung der §§ 556 Abs. 3, 604 Abs. 4 BGB. ein vertraglicher Rückgabeanspruch gegen den Dritten zusteht, kann hier außer Betracht bleiben, da er überhaupt nur im Falle der Beendigung der Verwahrung spruchreif werden kann.

selbst nicht unmittelbar Bestandteil des Verwahrungsvertrages zwischen ihm und seiner Bank wird. Dennoch aber hat die Stelle „durch eine Effektengirobank nach deren Geschäftsordnung" eine bestimmte rechtliche Bedeutung. Die Gestattung der Hinterlegung bei der Girobank wird nämlich eingeschränkt und zwar derart, daß die Bank durch den Kunden verpflichtet wird, den Inhalt des Vertrages, den sie mit der Girobank abschließt, nicht nach ihrem Gutdünken, sondern nach der Geschäftsordnung einer Girobank zu regeln. Die Bank erhält für den Fall, daß sie die Effekten im Sammeldepot lagern will, nur die Ermächtigung, sich bei der Verwahrung im Rahmen der Geschäftsordnung einer Girobank zu halten. Täte sie das nicht, so würde sie den mit dem Kunden geschlossenen Verwahrungsvertrag verletzen [5]).

Die Art des zwischen Kundschaft und Bank bestehenden Verwahrungsverhältnisses bedarf aber noch einer weiteren Untersuchung. Unbestreitbar handelt es sich nicht um einen regelmäßigen Verwahrungsvertrag. Denn Gegenstand des Rückforderungsrechts des Kunden sind nicht die hingegebenen Wertpapiere, sondern gleichartige Stücke der Gattung. Ein unregelmäßiger Verwahrungsvertrag im Sinne des § 700 Abs. 1 BGB. kann aber ebenfalls nicht angenommen werden. In dem durch diese Vorschrift geregelten Falle wird zwischen Hinterleger und Verwahrer ausdrücklich vereinbart, daß das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Menge und Güte zurückzugewähren. Im vorliegenden Falle wird jedoch eine völlig andere Erklärung abgegeben, indem die Parteien vereinbaren, daß das Eigentum in der Person des Hinterlegers verbleiben, der Verwahrer aber dennoch mit Gattung erfüllen könne. Es bedarf nur des Hinweises, daß ein derartiger Fall der Verwahrung im bürgerlichen Recht nicht geregelt ist. Ob und unter welchen Voraussetzungen einer solchen Verwahrung rechtliche Anerkennung zu Teil werden kann, muß deshalb mit besonderer Umsicht untersucht werden.

Zur besseren Herausstellung des Problems wollen wir ein Beispiel geben: Wir nehmen an, der Bankier B. habe sowohl von dem Kunden K. 1 wie auch von dem Kunden K. 2 je 10 IG.-Aktien unter Zugrundelegung obiger Abrede zur Verwahrung erhalten. Alsbald nach Erhalt der Aktien würde B. diese 20 Stücke unbrauchbar machen. Hätte er Unterschlagung begangen? [6]).

Gehen wir davon aus, daß die Kunden Eigentum nicht übertragen haben, weil sie die entsprechenden Einigungsofferten nicht abgegeben haben, so müssen wir diese Frage bejahen, wenn nicht das Eigentum entgegen der Erklärung des Kunden doch übergeht oder sonst eine Lösung gefunden wird, die das genannte Ergebnis vermeidet. Daß das Ergebnis, der Bankier habe sich strafbar gemacht,

---

5) Daß nach den bisher gewonnenen Ergebnissen der Kunde selbst der Geschäftsordnung nicht unterworfen ist, ist für das später behandelte Problem des nicht intakten Depots wichtig.

6) Wir lassen dabei die neue Bestimmung des § 267 a St. P. O. außer Betracht.

unhaltbar ist, zeigt die Überlegung, daß der Kunde sich mit der Rückgewähr von Gattung jederzeit befriedigt erklären muß, daß nach den Abmachungen der Parteien der Bankier B. jedenfalls immer durch Gattung erfüllen könnte. Käme es z. B. auf eine Anzeige des Kunden K. 1 zu einer Strafverhandlung, so könnte der Bankier sogar noch in dem Termine selbst dem Kunden K. 1 10 irgendwie beschaffte IG.-Aktien übergeben und es dürfte wohl kaum die Ansicht gestattet sein, daß er sich dennoch strafbar gemacht hätte.

In der Tat bestehen die erheblichsten Zweifel, ob der Kunde überhaupt Eigentümer bleibt. Will man sich mit der Prüfung dieser Frage beschäftigen, so muß man vor allem daran festhalten, daß es sich hier um ein Problem des bürgerlichen Rechts handelt, nämlich die Frage, ob nach der Erklärung des Kunden und der Bank Eigentum übergeht oder nicht, daß sich aber für die Lösung des Problems nichts aus § 2 des Depotsgesetzes ergeben kann, da diese Vorschrift nicht den Zweck verfolgt, Bestimmungen hinsichtlich der Frage des Eigentumsüberganges zu treffen[7]). Nach der im bürgerlichen Recht zum Ausdruck gekommenen Auffassung ist Eigentum die rechtliche Herrschaft einer Person über eine bestimmte, erfaßbare Sache. Ist, so muß zunächst die Frage lauten, der Herrschaftswille des Kunden denn noch auf eine bestimmte Sache gerichtet, wenn er erklärt, es genüge ihm, andere Stücke als seine eingelieferten zurückzuerhalten? Hat er nach dieser Erklärung überhaupt noch Interesse an der Erhaltung seines Sondereigentums, er, der weiß, daß die Wertpapiere im Verkehr der Banken vermengt werden und daß sie so völlig gleichartig sind, daß eine Identifizierung nur möglich ist, wenn die Nummern der Aktien notiert werden?

Das Interesse des Kunden an der Aufrechterhaltung seines Eigentums ist zweifellos erloschen, wenn er Gattung zurückerhalten hat. Aber schon vorher ist es doch außerordentlich gering. Wenn anders würde der Kunde sich nicht bereit erklären, jederzeit irgendwelche Stücke der Gattung zurückzunehmen. Ist das aber der Fall, dann kann man immerhin zweifeln, ob der Gesetzgeber einem derart abgeschwächten Herrschaftswillen rechtliche Bedeutung überhaupt hat beilegen wollen. Wir bejahen die Frage angesichts des Wortlautes der bei der Hinterlegung abgegebenen Erklärung: „Mein Eigentum bleibt ..... erhalten", obwohl wir uns darüber nicht im Unklaren sind, daß hier bedenkliche Zweifel auftreten können.

Aber damit sind wir noch keinen Schritt weiter. Denn es hat sich bisher nicht ergeben, welcher Rechtsnatur der dem Effektengiroverkehr typische Verwahrungsvertrag ist, welchen rechtlichen Inhalt die Abrede hat, daß das Eigentum beim Hinterleger verbleiben soll und Gattung zurückgewährt werden kann (sog. Gattungsklausel). Ist diese Abmachung nicht überhaupt unmöglich? Nehmen wir an, sie wäre so gemeint, daß der Kunde dem Bankier aufgeben wollte, sich jeder Verfügung über die Wertpapiere zu enthalten, bis der Ban-

7) So auch Freymuth in Zentr. Bl. f. HR. 26, S. 78.

kier durch Gattung erfüllt hätte. Dann wäre die Abrede rechtlich nicht anzuerkennen. Man kann nicht uno actu das Eigentum einem anderen anvertrauen, ihn zwingen, es zu bewahren und zu erhalten, und gleichzeitig das Einverständnis erklären, ganz andere Stücke statt der speziell hingegebenen zurückzunehmen, wenn, wie beim Effektengiroverkehr, von vornherein feststeht, daß das Herrschaftsrecht über die hingegebenen Stücke garnicht ausgeübt werden kann. Der Kunde muß sich immer mit Rückgewähr von Gattung zufrieden stellen, er kann nicht fordern, daß ihm die eingelieferten Stücke zurückgewährt werden. Wenn es aber so ist, dann enthält die Abrede die Einräumung eines Verfügungsrechtes, das jederzeit von dem verwahrenden Bankier zu seinen Gunsten ausgeübt werden kann.

Was hat unter diesen Umständen die Abmachung, daß das Sondereigentum aufrecht erhalten bleiben solle, überhaupt noch für einen Sinn? Vielleicht das vom Schrifttum gewollte und begrüßte Ergebnis, daß dem Kunden ein strafrechtlicher Schutz gegen Unterschlagung zur Seite stehen solle [8]). Aber gerade das kann mit dieser Abrede nicht erreicht werden, sie ist konstruktiv unmöglich, wenn ihr der Sinn zugrunde liegt, das volle Herrschaftsrecht des Kunden erhalten zu wollen. Schon oben ist mit dem gegebenen Beispiel aufgezeigt worden, daß das Ergebnis, der Bankier habe Unterschlagung begangen, unhaltbar ist, erst recht aber doch dann, wenn man hinzu nimmt, daß sogar jeder Dritte den Kunden befriedigen könnte (§ 267 BGB.).

Man kann mithin der Vereinbarung: „Mein Eigentum ..... bleibt erhalten, Sie sind ermächtigt, ... gleichartige Wertpapiere zurückzugewähren" nur die rechtliche Tragweite zubilligen, die sie überhaupt nach dem Parteiwillen haben kann. Danach geht, weil der entsprechende Wille fehlt, das Eigentum zunächst nicht auf die Bank über. Der Bankier ist aber durch nichts gehindert, jederzeit über die Wertpapiere zu seinen Gunsten zu verfügen, sie sich „anzueignen". Der Kunde, seiner Einflußnahme auf das Eigentum beraubt, kann das nicht verhindern. Nur so lange bleibt er Eigentümer, als der Bankier keinerlei Aneignungshandlung vorgenommen hat; tut er das, so geht das Eigentum des Kunden sofort und endgültig unter.

Von dieser Grundlage aus ist die Frage nach der Art des hier vorliegenden Verwahrungsvertrages beantwortet. Das Depot bleibt zunächst ein depositum regulare und wird im Augenblick, in dem etwa der Verwahrer eine Aneignungshandlung vornimmt, zum depositum irregulare, indem jetzt der Kunde nur noch einen persönlichen Anspruch auf Rückgewähr einer gleichen Menge von Wertpapieren gleicher Gattung hat. Es handelt sich also um eine Kombination der beiden vom Gesetz vorgesehenen Verwahrungsarten, die man alternatives depositum irregulare bezeichnen kann.

---

8) So Mayer S. 16.

Riesser[9]) und Deichmann[10]) vertreten die Auffassung, daß die Ermächtigung, gleichartige Wertpapiere zurückzugewähren, nur im Zweifel für den Verwahrer die Befugnis begründe, das depositum regulare durch Aneignung der hinterlegten Stücke bei gleichzeitiger Übernahme der schuldrechtlichen Verpflichtung zur Rückgabe gleichartiger Stücke in ein depositum irregulare zu verwandeln. Bei der Sammeldepotabrede: „Mein Eigentum bleibt in Form des Miteigentums am Sammeldepot erhalten" sei die Ermächtigung anders, nämlich enger auszulegen. In diesem Falle sei die Ermächtigung inhaltlich begrenzt, indem sie den Verwahrer lediglich von der Verpflichtung zur gesonderten Aufbewahrung befreie, im übrigen aber ersehen lasse, daß die Aneignung durch den Verwahrer nicht zulässig sein solle.

Man vermag diese Auffassung nicht zu teilen. Schon oben ist ausgeführt, daß es konstruktiv unmöglich und widerspruchsvoll ist, das Eigentum erhalten zu wollen und gleichzeitig jederzeit bereit zu sein, Gattung entgegen zu nehmen. Die Auslegung, wie sie von Riesser vorgenommen wird, beachtet nicht, daß der Gattungsschuldner keine bestimmte Sache schuldet und daß er demzufolge über die bestimmte Sache, deretwegen er überhaupt zum Schuldner geworden ist, frei verfügen kann. Die Logik dieses Satzes ist zwingend, insbesondere hier, wo der Kunde ausdrücklich und zwar von vornherein damit einverstanden ist, „jederzeit" Gattung zurückzunehmen. Wenn Riesser zur Stützung seiner Ansicht hervorhebt, der Verwahrer sei in jedem Falle zur Führung eines Depotbuches und zur Eintragung der Wertpapiere nach Gattung und Nennwert verpflichtet, so vermag auch das nicht zu überzeugen. Denn die Verpflichtung bezieht sich nur auf die Aufzeichnung der Gattung, nicht der Nummern der Stücke. Tatsächlich sind bei Girodepotverkehr die Nummern der Effekten ohne jedes Interesse, regelmäßig ist die Feststellung des ehemaligen Besitzers der einzelnen Nummern auch nicht möglich.

Daß die Annahme eines alternativen depositum irregulare die Eigentumsverhältnisse unter Umständen unklar gestaltet, wird nicht verkannt. Freilich ist der Aneignungsakt des Verwahrers oft ein innerer Vorgang, sodaß sich der Hinterleger in Unklarheit darüber befinden kann, ob er noch Eigentümer der Papiere ist oder ob er das Eigentum bereits eingebüßt habe. Aber diese Unsicherheit nimmt der Hinterleger, wenn er sich schon am Sammeldepot beteiligt, in Kauf. Man kann nicht, weil der Zweck des Depotgesetzes auf Sicherung des Kunden gegen Verluste hinterlegter Effekten gerichtet ist, folgern, es müsse deshalb die beim Sammeldepotverkehr getroffene Abrede einen Sinn haben, der sich rechtstheoretisch nicht halten läßt, umso weniger, als zur Zeit der Entstehung dieses Gesetzes die Einrichtung des Giroverkehrs nicht bekannt war. Die Systematik und Logik des bürgerlichen Rechts ist klar genug, das unumwunden zugeben zu müssen. Meinecke[11]) ist voll beizupflichten, wenn er ausführt, daß es

9) Seite 101 ff.
10) Seite 139.
11) § 5 S. 41 ff.

nicht so leicht zu entscheiden sei, wie die zivilrechtlichen Verhältnisse liegen, wenn ein Kunde seinen Bankier ermächtigt, an Stelle hinterlegter Effekten gleichartige zurückzugewähren. Meinecke a.a.O. vertritt die Auffassung, wie wir sie herausgestellt haben: Vorliegen eines depositum regulare, Entstehung eines depositum irregulare bei einer Aneignungshandlung des Verwahrers.

Man wende nicht ein, daß ein dinglicher Schutz des Kunden dann wohl nicht mehr bestehe. Auch nach unserer Auffassung bedarf es immerhin einer Aneignungshandlung, um dem Bankier das Eigentum zu verschaffen. Erst durch eine Aneignung würde er sich Eigentum verschaffen und die Stellung erhalten, die der Eigentümer hat. Es besteht keine Veranlassung, insbesondere heute nicht, anzunehmen, daß die Banken derartige Aneignungen vornehmen werden, wenn sie Effekten zum Sammeldepot übernehmen. Die Regel wird sein, daß der Sammeldepotanteil des Kunden unberührt und ungeschmälert bleibt. Davon haben wir auch für die folgende Darstellung auszugehen, daß nämlich das depositium regulare solange bestehen bleibt, bis der Bankier den Kunden durch Gattung befriedigt.

Dieses depositum regulare ist — man vergl. dazu das depositum regulare beim Sonderdepot — allerdings abgewandelt in einem für das Girosammeldepot eigentümlichen Sinne. Es hat nicht bestimmte Stücke, sondern einen bestimmten Miteigentümer a n t e i l zum Gestande, der Bankier schuldet so viele Stücke der hinterlegten Gesamtmenge, als zur Ablösung des Anteils des Kunden am Sammeldepot erforderlich sind. Er nimmt keine Aneignungshandlung vor, wenn er dem K. 1 10 Aktien herausgibt, die ursprünglich einmal K 2 gehört haben. Es handelt sich also hier um die Begründung eines Verwahrungsvertrages eigener Art, bei dem durch die Hingabe bestimmter Sachen nicht ein Rückgewähranspruch auf diese bestimmten Sachen entsteht, wohl aber ein Anspruch auf solche gleicher Gattung aus einer Gesamtmenge, an der der Hinterleger — wir nehmen das Ergebnis der späteren Untersuchungen hier heraus — als Miteigentümer anteilmäßig teil hat. Allerdings soll zum Schlusse dieser Ausführungen nochmals betont werden, daß der Verwahrer nicht gehindert wäre, das depositum durch Aneignungshandlungen zu seinen Gunsten in ein irreguläres zu verwandeln und damit den Kunden lediglich auf einen persönlichen Rückgewähranspruch zu verweisen.

§ 3. Die schuldrechtlichen Beziehungen der Mitgliedsbanken zur Girosammelstelle.

Für die Gestaltung der Rechtsbeziehungen der am Sammeldepot Beteiligten ist es weiter erheblich, zu wissen, welcher Art der Vertrag ist, den die Bank selbst mit der Effektengirobank schließt. Wir behandeln nur den gewiß als Regel anzunehmenden Fall, daß die Bank — ihrer beschränkten Ermächtigung entsprechend — die

Sammelverwahrung aufgrund der Geschäftsordnung vornimmt. Zu dieser Annahme besteht umso mehr die Berechtigung, als fast sämtliche größeren Banken dem Effektengiro als Mitglieder angeschlossen sind und die Bedingungen der von den Girobanken herausgegebenen Geschäftsordnung ein für allemal als für sie verbindlich anerkannt haben.

Die im Rahmen der Behandlung der schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Bank und Effektengirobank am wichtigsten erscheinende Bestimmung der Geschäftsordnung ist § 1. Er lautet:

> „In dem Effektengirodepot werden von seinen Mitgliedern die von der Frankfurter Bank (oder einer anderen Sammelstelle, der Verfasser) bestimmten Wertpapiere zur Sammelverwahrung angenommen und zur jederzeitigen Wiederverfügung bereitgehalten."

Ferner ist wesentlich § 7:

> „die Effektengirobank verwahrt die hinterlegten Wertpapiere für die Hinterleger nicht gesondert, sondern nach Gattungen gesammelt; sie ist ermächtigt, an Stelle der hinterlegten Wertpapiere gleichartige zurückzugewähren; der Einlieferer begibt sich also des Rechts, bestimmte Nummern oder Abschnitte zurückzuverlangen."

Aus den angegebenen Bestimmungen der Geschäftsordnung ist ersichtlich, daß auch hier jeweils bei der Einlieferung von Effekten seitens der Bank in das Sammeldepot Verwahrungsverträge der oben gekennzeichneten Art zustande kommen. Die Parteien dieses Vertrages stehen fest: es ist jeweils die einliefernde Mitgliedsbank als Hinterleger und die Sammelstelle als Verwahrer. Die Banken schließen nämlich den Vertrag immer im eigenen Namen, nicht etwa als direkte Stellvertreter der Kunden ab, was sich daraus ergibt, daß sie nach der Geschäftsordnung allein Mitglieder des Depots sind. In der Praxis hat sich das auch als recht nützlich erwiesen, da die Mitgliedsbanken ihren eigenen (Nostro-)-Besitz an Effekten, ihre eigenen Bestände, auch selbst der Sammelstelle in Depot zu geben pflegen, wobei die Stücke dann regelmäßig vermischt mit den Kundeneffekten der Sammelstelle angeliefert werden, ohne daß die Mitgliedsbanken hinsichtlich der Herkunft der Effekten nähere Angaben machen oder zu machen brauchen. Es bestehen also zwischen der Kundschaft und den Mitgliedsbanken einerseits und diesen und der Sammelstelle andererseits völlig verschiedene schuldrechtliche Beziehungen.

§ 4. Die dinglichen Rechtsbeziehungen der am Sammeldepotverkehr Beteiligten.

Nunmehr kann sich die Darstellung der dinglichen Rechtslage beim Einlieferungsgeschäft zuwenden. Dabei ist folgendes im voraus zu bemerken:

Der Kunde bleibt, worüber wir mit dem Schrifttum einig sind, aufgrund des Verwahrungsvertrages zunächst Sondereigentümer bestimmter Stücke, solange sich die eingelieferten Effekten in den Händen der annehmenden Bank befinden. Denn es ist jetzt üblich, daß die eingelieferten Effekten gesondert aufbewahrt werden, bis die Bestätigung des Kunden eintrifft, dann aber werden sie sofort der Girostelle zugeleitet [12]) [13]).

So sind also besondere rechtliche Schwierigkeiten solange nicht gegeben, als sich die Mitgliedsbank ihres unmittelbaren Besitzes an den Effekten noch nicht begeben hat. Diese treten erst auf, wenn die Effekten bei der Effektengirobank eingelegt werden. Wir gehen bei der nun folgenden konstruktiven Behandlung der Eigentumsverhältnisse zunächst nur an den Fall heran, in dem die Mitgliedsbank eigene Effekten (Nostrobesitz) dem Sammeldepot zuführt. Auf diese Weise wird die Darstellung klarer, die Übersicht leichter. Erst dann, wenn die Ergebnisse dieser Prüfung vorliegen, wird die Frage der dinglichen Rechtsstellung des Kunden hinsichtlich seiner an die Mitgliedsbank und von dieser wieder weiter an die Effektengirobank abgelieferten Effekten besprochen werden. (erweiterter Effektengiroverkehr).

Welches rechtliche Schicksal die Effekten teilen, wenn sie zur Girosammelstelle eingeliefert werden, ist im Schrifttum auf das lebhafteste umstritten worden. Fast alle Schriftsteller gehen davon aus, daß die einliefernden Mitgliedsbanken Miteigentümer nach Bruchteilen würden und zwar im Verhältnis der eingelieferten Einheiten zum jeweiligen Gesamtbestande. Dabei standen sich die Vertrags- und die Vermengungstheorie — jene begründet das Bruchteilseigentum vermittels der rechtsgeschäftlichen Abreden der Beteiligten, diese stützt sich auf die Vorschriften der §§ 947, 948 BGB. — gegenüber. Heute kann wohl die Vertragstheorie als herrschend angesehen werden.

Lediglich Gieseke hat anläßlich der Besprechung der Dissertation von Deichmann [14]) den Standpunkt vertreten, daß die Mitglieder des

---

12) Für den inneren Verkehr der Bank besteht eine gedruckte Anweisung an den Tresorverwalter und an die Registratur, die folgenden Wortlaut hat: „Die beifolgenden, für X. am x.ten hereingenommenen Wertpapiere — folgt Bezeichnung — dürfen erst nach erfolgter Bestätigung des Kunden in Depot S. gelegt werden. Bestätigung eingetroffen am . . .". (Formular der Dresdner Bank).

13) Infolgedessen sind die Ausführungen in der Literatur, die sich darüber verhalten, daß zunächst die Banken die Effekten in ein Haussammeldepot einlegen, als überholt anzusehen und dementsprechend insoweit heute Probleme nicht mehr vorhanden. Im übrigen ist die Bildung von Haussammeldepots an sich zwar noch nicht gesetzlich untersagt, aber in weiten Bankkreisen wird es, wie durch eingehende Nachfrage festgestellt werden konnte, als nicht tragbar angesehen, überhaupt in irgendeiner Form Haussammeldepots zu errichten. Es beginnt sich insoweit eine Entwicklung anzubahnen, die dahin geht, alle eingelieferten Effekten sofort der Sammelstelle zuzuleiten, vielleicht in dem Bestreben, dem Kunden den dinglichen Rechtsschutz möglichst zu sichern.

14) Gieseke in JW. 30, S. 3723/24.

Effektengirodepots eine Gesellschaft nach § 705 BGB. bilden und daß dementsprechend Miteigentum zur gesamten Hand gebildet werde. Er weist darauf hin, daß die Gemeinschaft der Mitglieder des Effektengiroverkehrs mit aller Deutlichkeit die Merkmale einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts aufweise: es werde ein gemeinschaftlicher Zweck verfolgt, nämlich die Verwahrung der Effekten für alle Mitglieder, die sämtlich durch Beiträge (Eintrittsgeld und Jahresbeiträge) zur Erreichung dieses Zweckes beisteuerten. Die Ansicht von Gieseke hätte viel für sich, wenn die Mitgliedsbanken nicht mit der Effektengirobank aufgrund der Geschäftsordnung gerade die Bildung einer Gesellschaft bewußt verhindert hätten. Die Geschäftsordnung in der heute geltenden Fassung vom April 1929 besagt nämlich ausdrücklich in § 7:

„Es ist vereinbart, daß von dem Zeitpunkte der Einlieferung ab den Eigentümern der eingelieferten Wertpapiere an den einzelnen Stücken der betreffenden Gattung Miteigentum nach Bruchteilen im Verhältnis der eingelieferten Einheiten zum jeweiligen Gesamtbestande zusteht. (Sammeldepot)."

Danach kann von der Vereinbarung eines Gesellschaftsverhältnisses, die allein als gesetzliche Folge die Entstehung von Miteigentum zur gesamten Hand zur Folge haben könnte, keine Rede sein. Gieseke hat offenbar, als ihm der außerordentlich ansprechende Gedanke von dem Vorhandensein einer Gesellschaft vorschwebte, den Wortlaut der Geschäftsordnung versehentlich nicht in Betracht gezogen.

Wir haben von der Bestimmung des § 7 GO. auszugehen. Was gewollt ist, steht danach außer Zweifel: rechtsgeschäftliche Begründung von Bruchteilseigentum. Ob es erreicht wird, bleibt zu prüfen.

Zunächst hat man sich zu fragen, in welcher Form die dingliche Einigung bei der Begründung des Miteigentums zustande kommt. Zweifellos ist, daß die einliefernde Mitgliedsbank das Sondereigentum nicht behalten kann. Sie muß es, soll schon Miteigentum begründet werden, übertragen, während ihr andererseits auch wieder etwas zu Gute kommen muß. Überträgt sie, das ist vorerst die entscheidende Frage, Eigentum an den eingelieferten Effekten? Ein solcher Übertragungswille ist vorhanden. Er ergibt sich aus § 7 GO., indem die Bank gleichzeitig mit dem Abschluß des Sammelverwahrungsvertrages erklärt, Eigentum an den eingelieferten Effekten übertragen zu wollen.

Aber mit wem kommt denn eigentlich der dingliche Vertrag zustande? Mit der Effektengirobank selbst oder mit den anderen Mitgliedsbanken, die ihrerseits ebenfalls Stücke eingeliefert haben? Daß der Vertrag mit der Sammelstelle unmittelbar zustande käme, ist zu verneinen. Die Sammelstelle will nur verwahren und zwar fremde Effekten. Es ergibt sich das ohne weiteres aus der Bestimmung des § 7 GO., wo ausdrücklich gesagt ist, daß den „Eigentümern" das Miteigentum zustehen soll. Wenn aber der Vertragskontrahent der einliefernden Mitgliedsbank nicht die Sammelstelle ist, so kann das von

der einliefernden Mitgliedsbank abgegebene Angebot der Eigentumsübertragung nur an die anderen Mitgliedsbanken gerichtet sein. An diese wiederum aber nicht unmittelbar, sondern durch Vermittlung der Sammelstelle. Die Vermittlerrolle der Girosammelstelle ist nach dem Inhalte der GO. eindeutig festgelegt: sie ist direkte Stellvertreterin der Banken, die jeweils der einliefernden Bank gegenüber stehen, da sie in fremdem Namen und auf fremde Rechnung handelt. Im Augenblick der Einlieferung der Effekten geschieht also zweierlei: einmal kommt schuldrechtlich zwischen Mitgliedsbank und der Sammelstelle der Verwahrungsvertrag zustande und außerdem wird ein Vertrag dinglicher Natur zwischen den Mitgliedsbanken untereinander geschlossen, indem die Effektengirobank das Angebot der Übereignung an die anderen Mitgliedsbanken in deren Namen annimmt. Dieser rechtliche Vorgang ist sämtlichen Mitgliedsbanken und der Sammelstelle ein für allemal bekannt, da die Geschäftsordnung wesentlicher Bestandteil jedes Sammelverwahrungsvertrags ist und keine der Mitgliedsbanken könnte dagegen etwas einwenden, bis sie erklärt hätte, sich am Effektengiroverkehr nicht mehr zu beteiligen.

Dem durch die Preisgabe ihres Eigentums entstehenden Verluste der Bank steht auf der anderen Seite sogleich ein Erwerb gegenüber. Da nämlich vereinbart ist, daß alle am Sammeldepot Beteiligten Miteigentum im Verhältnis der eingelieferten Einheiten zum jeweiligen Gesamtbestande haben sollen, da also die Aufgabe des Sondereigentums nur zum Zwecke der Begründung von Miteigentum erfolgen soll, so ergibt sich, daß die Sammelstelle sich gleichzeitig mit der Annahme der Effekten als direkte Stellvertreterin der bisherigen Depotsanteilhaber mit der einliefernden Bank dahin einigt, daß die bereits lagernden Stücke zum entsprechenden Bruchteil Miteigentum der einliefernden Bank werden.

Was bei diesen Vorgängen wechselseitig übereignet wird, ob die einliefernde Bank und ebenso die Effektengirobank bezüglich jeden Stückes lediglich soviel ideelle Anteile übereignet, wie bereits Anteilseigner beteiligt sind[15]) oder ob die eingereichten Effekten selbst übereignet werden und die Bank sich dann das Miteigentum an dem um die Einlieferung vergrößerten Bestande verschaffen läßt[16]), ist außerordentlich streitig. Nach richtiger Ansicht übereignet die einliefernde Bank die ganzen Stücke und erwirbt einen Anteil an jedem einzelnen Stück der eingelagerten Effekten. Die Bedenken, die Deichmann a.a.O. dagegen anführt, daß nämlich der Einlieferer von vornherein einen entsprechenden Anteil zurückbehalten, d. h. nicht übereignen wolle, können nicht geteilt werden, da die Banken heute, nachdem die Geschäftsordnung die vorliegende Fassung hat, kein derartiges Interesse haben dürften. Die Frage ist aber — und deshalb kann eine eingehende Erörterung unterbleiben — praktisch bedeutungslos[17]). Für die Beteiligten ist nach der jetzigen Fassung der

15) so Deichmann S. 21 ff.; Wittekind S. 52 ff.
16) Metze, Bd. 90 S. 392.
17) so auch Erlanger S. 16.

GO. keinen Augenblick zweifelhaft, daß das Eigentum wechselseitig gleichermaßen übergehen soll.

Bestehen nach dem Vorstehenden keine Bedenken, die Einigungen über den wechselseitigen Eigentumsübergang anzuerkennen, so fragt es sich noch, ob auch die zur Übereignung notwendigen Besitzübertragungen stattfinden. Es ist dabei zunächst darauf hinzuweisen, daß die Mitgliedsbanken als bisherige Alleineigentümer Miteigentum begründen wollen. In diesem Falle genügt naturgemäß die Übergabe zum Mitbesitz [18]). Ist diese Voraussetzung hier erfüllt? Nach der Sachlage kommt nur ein Mitbesitz der anderen Mitgliedsbanken, mit denen die Einigung vorgenommen wird und die allein die „Erwerber" sind, in Betracht. Diese werden aber, das ist zweifelsfrei, nicht unmittelbare Besitzer. Folglich kann die nach § 929 BGB. unerläßliche Übergabe nur dann rechtswirksam vollzogen sein, wenn es genügt, daß der Erwerber mittelbaren Mitbesitz erlangt.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes (§ 929 BGB.) ist die Verschaffung des mittelbaren Besitzes allerdings keine Übergabe, dennoch aber nimmt die herrschende Meinung mit Recht an, daß es für die Eigentumsübertragung ausreicht, wenn der Veräußerer die Sache an jemanden übergibt, der sie als Besitzmittler des Erwerbers unmittelbar besitzen soll [19]).

Die Entscheidung der Frage, ob die Übergabe wirklich erfolgt, hängt also davon ab, ob die Effektengirobank Besitzmittlerin der bereits am Sammeldepot beteiligten Mitgliedsbanken ist. Grundlage der Sammelverwahrung ist die Geschäftsordnung, in der und zwar mit Geltung für jeden auch in der Zukunft vorkommenden Fall des Abschlusses eines Sammelverwahrungsvertrages vereinbart ist, daß den Eigentümern der eingelieferten Wertpapiere jeweils verhältnismäßig Miteigentum am Gesamtbestande zustehen solle. Daraus ergibt sich einwandfrei der Wille der Beteiligten, die eingelieferten Effekten für alle Gemeinschafter in Verwahrung zu nehmen, für den neuen Hinterleger, aber auch gleichzeitig für die bisherigen Einleger. Man hat hier zu beachten, daß die neu eingelieferten Effekten nicht vermittels eines neuen Vertragsschlusses etwa derart, daß die Effektengirobank mit sich selbst als Vertreterin der erwerbenden Gemeinschafter in Ansehung der neu aufgenommenen Effekten einen Verwahrungsvertrag schließt, dem Besitzmittlungsverhältnis unterstellt werden, sondern daß die zwischen der Sammelstelle und den einzelnen Mitgliedsbanken verbindliche Geschäftsordnung die Übereinkunft enthält, daß die Girostelle jede in Zukunft zu erwerbende Sache für die bisherigen Eigentümer in Besitz nehmen solle. Eine solche Abrede, die die Erlangung des mittelbaren Besitzes in die Zukunft verlegt, wird nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt [20]).

---

18) Vergl. RGR.Komm. Anm. 5 Bb zu § 1008 BGB.

19) Staudinger zu § 929, Metze Bd. 90, S. 395, Deichmann S. 23, Schumann S. 1188, Erlanger S. 17.

20) Siehe RG. 109, 170; 95, 108; 140, 226, RGR.Komm. Anm. 2 zu § 929 S. 259.

Erforderlich ist allerdings für den endgültigen Besitzübergang eine äußerlich in Erscheinung tretende Ausführungshandlung, die den Übertragungswillen erkennbar macht. In neuerer Zeit verlangt man sogar nur, daß diese Erkennbarkeit des Übertragungswillens für einen mit den Verhältnissen Vertrauten offenbar sein müsse[21]). Das ist aber jedenfalls hier der Fall, da die wechselseitigen Buchungen der Banken insoweit Klarheit schaffen[22]).

Danach bestehen keine rechtlichen Bedenken, auch die Besitzübertragung von der Mitgliedsbank auf die Effektengirobank als rechtsgültig und wirksam erfolgt anzusehen (§ 929, Abs. 1 BGB.). Es kann sich demnach nur noch darum handeln, ob die einliefernde Bank ihrerseits ebenfalls Besitz und zwar an den bereits eingelagerten Stücken erhält.

Diese Frage wird allgemein bejaht. Über die rechtliche Konstruktion bestanden bisher drei verschiedene Ansichten. So nahm Schumann[23]) an, daß der Besitzerwerb sich auf Grund des § 930 vollziehe, indem die Girobank im Einverständnis mit den bisherigen Besitzern durch Umbuchung zu erkennen gebe, nun auch für den neuen Hinterleger besitzen zu wollen. Dagegen wenden Metze[24]), Deichmann[25]), von Ibell[26]) und Erlanger[27]) § 930 BGB. nicht unmittelbar an, weil das Besitzkonstitut hier nicht von dem Veräußerer„ sondern von der Effektengirobank vereinbart würde. Sie kommen aber auf Grund eines argumentum a fortiori aus § 930 zur rechtlichen Anerkennung der Besitzübertragung. Endlich konstruiert Wittekind[28]) die Übertragung mit Hilfe der Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 931 BGB. Die Übergabe ersetzt die Sammelstelle dadurch, daß sie für die schon in ihrem Besitz befindlichen Wertpapiere ein Miteigentumsrecht des neuen Hinterlegers anerkennt und die Wertpapiere nunmehr für den neuen Hinterleger, die Mitgliedsbank, aufbewahrt.

Neuerdings wird der Eigentumsübergang auf Grund des § 929, Satz 2 BGB. angenommen[29]). Die Ansicht wird vertreten von dem Kommentar der Reichsgerichtsräte. Danach vereinbare die Effektengirobank mit dem Einlieferer, daß sie die bereits eingelagerten Stücke fortan für ihn und die bisherigen Einleger als Hinterleger verwahren werde, der Einlieferer werde dadurch mittelbarer Mitbesitzer der Stücke, als solcher sei er „im Besitz„ und bei dem Fortbestande des Einigseins über den Eigentumsübergang entstehe für den Einlieferer das Miteigentum an den schon bisher verwahrten Stücken. Diese Konstruktion ist außerordentlich ansprechend. Der typische Fall des § 929 Satz 2 BGB. liegt hier allerdings nicht vor. Das Gesetz geht

21) RG. 99, 210.
22) so auch RG. 139, 116.
23) S. 1188.
24) Bd. 90, S. 396.
25) S. 25.
26) S. 43.
27) § 18.
28) S. 54.
29) RGR.Komm. Ziff. 6zu § 700, S. 393.

nämlich davon aus, daß der Erwerber die tatsächliche Gewalt bereits hat[30]) und zwar nach der unbefangenen Auslegung dieser Vorschrift als unmittelbarer Besitzer[31]). Die Rechtsprechung hat aber mit Recht auch den mittelbaren Besitzer als Besitzer im Sinne der Vorschrift des § 929, Satz 2 anerkannt[32]), ebenso das Schrifttum[33]). Allerdings wird nach herrschender Meinung der mittelbare Besitz des Erwerbers zum Eigentumsübergange nach § 929, Satz 2 nur für ausreichend gehalten, wenn der Veräußerer selbst nur mittelbarer Besitzer ist, weil sonst die Eigentumsänderung nicht in Erscheinung treten würde[34]). Insoweit bestehen jedoch hier keine Schwierigkeiten, da die Übertragung des Eigentums an dem Sammeldepotbestande durch die mittelbar besitzenden Mitgliedsbanken erfolgt.

So könnten gegen die Ansicht des Kommentars der Reichsgerichtsräte Bedenken nur obwalten, weil hier der mittelbare Besitz nicht vor der Einigung, sondern höchstens gleichzeitig übertragen wird. M. E. aber ohne ersichtliche Berechtigung. v. Thur[35]) behauptet sogar die Möglichkeit einer antizipierten brevi manu traditio d. h. einer Einigung über den Eigentumsübergang mit jemand, der noch nicht Besitzer ist: sobald er Besitzer wird, werde er Eigentümer. Weshalb sollte dann eine Übertragung nach § 929 Satz 2 nicht möglich sein, wenn die Besitzverschaffung nicht einmal der Einigung nachfolgt, sondern gleichzeitig geschieht. Nach der Geschäftsordnung verwahrt die Bank (Sammelstelle) im Augenblick der Einlieferung neuer Effekten die Lagerbestände sofort auch für den Einlieferer und die bisherigen Hinterleger, wodurch der Einlieferer sofort mittelbarer Besitzer wird. (§ 868) Besitzübertragung und Einigsein fallen — ein für allemal festgelegt — so eng und unmittelbar zusammen, daß es nicht gerechtfertigt wäre, den ganzen Vorgang zu Gunsten einer allzu formalen Konstruktion der Theorie zum Opfer zu bringen[36]).

Auch hier fehlt es an der nach außen erkennbaren Ausführungshandlung nicht, da die Miteigentümer aus den Buchungen, die bei der den Besitz vermittelnden Effektengirobank vorgenommen werden, hervorgehen[37]).

Aber noch ein anderes Problem könnte man aufwerfen und behaupten, daß die nach § 929 BGB. erforderliche Bestimmtheit der zu übereignenden Effekten nicht gegeben sei. Allerdings genügt nach fester Rechtsprechung die bloße Bestimmbarkeit nicht[38]), und es fehlt an der erforderlichen Bestimmtheit dann, wenn erst außerhalb des

---

30) Wolff §66 II S. 210; Staudinger VI zu § 929 S. 450.
31) RGR.Komm. Anm. 4 zu § 854 S. 4; OLG. Dresden, SA. 62, Nr. 171.
32) RG. 126, 25; 103, 153.
33) Planck IV a S. 58; Staudinger VI a zu § 929 S. 450.
34) Vgl. RG. 126, 25; Neumann, Anm. II 1 a zu § 929 S. 783.
35) J. J. 48, S. 43/44.
36) So wohl auch Planck Anl. 8 zu § 929 S. 452, wo es heißt, daß im Moment der Einigung auch der Besitz des Erwerbers bestehen müsse.
37) Siehe die Ausführungen bei Erlanger S. 21.
38) RG. 113, 62; LZ. 1917, 867.

Vertrages liegende Umstände herangezogen werden müssen[39]), wie beispielsweise die Bücher der Effektengirobank. Da aber für die Frage der Bestimmtheit der Effekten der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich ist[40]), so kann hier von einer Unbestimmbarkeit keine Rede sein. Denn Gegenstand der Übereignung sind alle zur Zeit des Vertragschlusses im Depot lagernden einzelnen Effekten, deren Menge in diesem Augenblick genau abgegrenzt ist, da man auf Grund der jeweiligen Einreichungen weiß oder wenigstens feststellen könnte, welche Wertpapiere Gegenstand der Übertragungen sind[41]).

Nach vorstehenden Ausführungen darf wohl die Übereignung von den bisherigen Depotteilhabern auf die einliefernde Bank unter Berücksichtigung der Vorschrift des § 929 Satz 2 als möglich angesehen werden.

Die Besitzverschaffung ist aber noch auf einem anderen Wege möglich. Zwar kommt dafür § 930 BGB. unmittelbar nicht in Betracht, denn die Vereinbarung des Besitzkonstituts geschieht, wie Metze richtig betont, nicht zwischen Veräußerer und Erwerber. Auch eine Anwendung des § 931 BGB. kann nicht erfolgen; der diesen Weg verfechtende Standpunkt Wittekinds kann nicht gebilligt werden. Denn ein Herausgabeanspruch steht dem Miteigentümer deswegen nicht zu, weil der Besitz nur allen Miteigentümern gemeinschaftlich gebührt[42]). Aber zum Eigentumserwerb genügt es, daß der Erwerber — ohne Abtretung des Herausgabeanspruchs — dadurch mittelbarer Besitzer wird, daß er durch Vereinbarung mit dem Fremdbesitzer ein neues Besitzmittlungsverhältnis für sich begründet. Schon in der zur Geltungszeit des preußischen allgemeinen Landrechts ergangenen Entscheidung des Reichsgerichts[43]) ist ausgeführt, daß es sowohl nach dem gemeinen als auch preußischen Rechte nicht darauf ankam, ob der bisherige Besitzer die Detention an der Sache selbst ausübt oder durch andere ausüben läßt[44]). Daran ist nach bürgerlichem Rechte nichts geändert. In den Protokollen der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs (S. 204) heißt es ausdrücklich: „Es müsse auch in der Weise Eigentum übertragen werden können, daß ein Dritter, in dessen Besitz sich der zu übereignende Gegenstand befinde, auf Anweisung des Veräußerers mit dem Erwerber einen Verwahrungsvertrag abschließe". Es wäre auch nicht einzusehen, welches Bedenken dagegen angeführt werden könnte. Das, was der Gesetzgeber will und durch die §§ 930, 931 BGB. zum Ausdruck gebracht hat, daß es entscheidend auf die Verschaffung des mittelbaren Besitzes ankomme, ist auch hier erfüllt.

---

39) so RG. 132, 187.
40) vergl. RG. 132, 188.
41) so Deichmann S. 21; RG. 132, 188 wo ein entsprechender Fall bei der Sicherungsübereignung eines Warenlagers behandelt ist.
42) so auch RG. 69, 36.
43) Bd. 11, S. 47.
44) so auch Savigny S. 320 ff.

Daran denkt offenbar Metze[45]), der seine Überlegungen als Argumentum a fortiori zu § 930, 931 bezeichnet, wenn er auch nähere Ausführungen darüber nicht gemacht hat.

§ 5 (Fortsetzung).

Die dinglichen Rechtsbeziehungen der beim Sammeldepotverkehr Beteiligten (erweiterter Girosammelverkehr).

Wir haben in § 4 die dinglichen Rechtsbeziehungen insoweit erörtert, als es sich um den einfachen Sammeldepotverkehr handelte. Nunmehr bleibt noch zu erörtern, wie sich die dingliche Rechtslage dann verhält, wenn die Banken Kundeneffekten an die Sammelstelle weitergeben. Um hier nicht fehl zu gehen, muß man sich vergegenwärtigen, was die beteiligten Banken durch die Geschäftsordnung für jeden Fall bindend zum Ausdruck gebracht haben. Es ist vereinbart, daß den Eigentümern der hinterlegten Wertpapiere Miteigentum am Sammeldepot zustehen soll. Daraus ergibt sich, wenn man beachtet, daß die Banken bei der Einlieferung eines Postens Effekten gar nicht mitteilen, woher diese Effekten stammen, ob sie ihrem eigenen Bestande entnommen oder von einem Kunden hereingenommen worden sind, und wenn man weiter berücksichtigt, daß die Sammelstelle selbst wieder keine Aufklärung über die Eigentümer gibt, folgendes:

Die Einrichtung des Sammeldepots enthält ein unbestimmtes Moment, das sich dahin charakterisiert, daß beiderseits die Eigentümer nicht erkennbar werden, sondern verdeckt bleiben[46]). Dieser Erfolg wird bewußt herbeigeführt, aber es wird sogleich die Willensrichtung der beteiligten Banken in bestimmter vereinbarter Form festgelegt. Es ist den Beteiligten nicht völlig gleich, wer Eigentum in Form des Miteigentums am Sammeldepot erwerben soll, sondern sie haben ausdrücklich die Abrede getroffen, daß, wenn Effekten zur Sammelverwahrung gelangen, die Eigentümer dieser Effekten das Miteigentum erwerben sollen. Welche konkrete Person allerdings Miteigentum an den eingelieferten oder vorhandenen Stücken erwirbt, ist der Effektengirobank als der Vertreterin der anderen Mitgliedsbanken völlig gleichgültig. Sie ist sich aber darüber klar, daß ein wesentlicher Teil der eingelieferten Effekten der Sammelstelle auf Grund von Verwahrungsverträgen der hinter den Banken stehenden Kundschaft an sie überlassen werden, wobei ihr bekannt ist, daß diese Kunden an einem baldigen Miteigentumserwerbe am Effektensammeldepot interessiert sind[47]). Mit dem Eigentumserwerbe durch die Kundschaft

---

45) sowie die anderen Verfechter des Argum. fort. §§ 930/931 BGB.

46) der Theorie nach sind allerdings die Beteiligten Eigentümer festzustellen, da die Bücher der Banken die Vorgänge ausweisen. Auf diese wird bei der Sammelverwahrung stillschweigend Bezug genommen. Vergl. Deichmann S. 54.

47) so richtig: Deichmann S. 48.

ist die Sammelstelle nicht nur einverstanden, sondern sie will sogar, sofern Kunden beteiligt sind, an diese übereignen, wenn sie auch von der Person der Kunden keinerlei irgendwie erfaßbare Vorstellung hat. Unwillkürlich denkt man bei dieser Gestaltung der Willensrichtung an einen Vertrag zu Gunsten Dritter, soweit die Mitgliedsbanken Kundeneffekten einliefern. Diese Rechtsfigur hat auch ihren Verfechter gefunden [48]).

Deichmann ist der Ansicht, daß Übergabe an einen Dritten (vom Standpunkt des künftigen Rechtsempfängers aus betrachtet) und eine Einigung mit diesem dann für ausreichend erachtet werden muß, dem vom Tradenten und Traditionsempfänger ins Auge gefaßten Rechtserwerber das Recht verschaffen, wenn dieser sich des Dritten als Vertreter bedient. Wir vermögen dieser Auffassung nicht zu folgen, da sie der Systematik des bürgerlichen Rechts zuwiderläuft, die davon ausgeht, daß die Einigung auf dem Gebiete des Sachenrechts, der dingliche Vertrag, zwar den Vorschriften des Allgemeinen Teiles des Bürgerlichen Gesetzbuches über Rechtsgeschäfte, nicht aber den Vorschriften über Verträge auf dem Gebiete des Rechts der Schuldverhältnisse unterliegt, soweit nicht im Sachenrecht besonders auf sie Bezug genommen ist [49]).

Führt demnach die angeführte Konstruktion nicht zum Ziele, so muß sich die Prüfung auf eine andere Rechtsfigur erstrecken, die bei der gezeichneten Ausgestaltung des Sammelgiroverkehrs außerordentlich naheliegt: das „Geschäft, wen es angeht". Dabei muß die Fragestellung lauten, ob auf Grund einer solchen Konstruktion der Miteigentumserwerb der Kunden bedenkenlos zustande kommt.

Die Lehre vom „Geschäft, wen es angeht" geht davon aus, daß bei verdeckter Stellvertretung für die Frage des Eigentumserwerbs das Innenverhältnis zwischen dem Stellvertreter und den Vertretenen und der Wille dieser Beiden entscheidend sei, wenn es dem Veräußerer gleichgültig ist, wer das Eigentum erwerben soll. Besteht also zwischen dem Vertretenen und dem verdeckten Stellvertreter ein Verhältnis der in § 868 BGB. bezeichneten Art — ein solches ist der Verwahrungsvertrag zwischen dem Kunden und der Bank — und hat ferner der Stellvertreter zur Zeit der dinglichen Einigung und der Besitzübertragung durch den Veräußerer den mit dem Willen des Auftraggebers übereinstimmenden Willen, das Eigentum für seinen Auftraggeber zu erwerben, so wird dieser vermittelst Besitzkonstituts Eigentümer [50]).

Daß diese Lehre einem praktischen Bedürfnis entspricht, ist zweifellos. Überdies ist auch nicht ersichtlich, daß etwa das bürgerliche

---

48) Deichmann S. 48 ff.
49) so auch RG. 66, 99—100; 98, 282; RGR.Komm. Anm. 1 zu § 929.
50) Die Lehre ist heute in Schrifttum und Rechtsprechung weitgehend anerkannt, vergl. insbesondere RG. 100 192 ff.

Recht die Möglichkeit dieses Eigentumserwerbes und damit der Übergabe an einen Vertreter hat ausschließen wollen. Auch bestehen umso weniger Bedenken, als grundsätzlich bei dem „Geschäft, wen es angeht" an den gesetzlichen Erfordernissen der Eigentumsübertragung festgehalten wird. Denn neben der in Stellvertretung zustande gekommenen Einigung ist erforderlich die doppelte Besitzübertragung vom Veräußerer auf den Stellvertreter und von diesem — durch Besitzkonstitut — auf den Vertretenen. Die ganze Frage ist nur, ob ein antizipiertes Konstitut denkbar ist, was wir schon gelegentlich der Ausführungen in § 4 bejaht haben.

Von dieser Grundlage aus kann ohne Bedenken angenommen werden, daß das Miteigentum auch den Kunden, soweit solche bei der Einlieferung beteiligt sind, unmittelbar zufällt. Bei der Einlieferung von Effekten kommt — wie bereits bemerkt worden ist — die Einigung zwischen der einliefernden Bank und den anderen Mitgliedsbanken, diese direkt vertreten durch die Effektengirobank, zustande und die Übergabe zu Besitz erfolgt an die Effektengirobank als Besitzmittlerin der durch sie vertretenen Mitgliedsbanken. Gleichzeitig aber erwerben sofort die Kunden, die bisher Miteigentum am Sammeldepotbestande hatten, die neueingelieferten Effekten insoweit zum Miteigentum, als erforderlich ist, um unter den jetzt am Sammeldepot Beteiligten das entsprechende Quotenverhältnis herzustellen. Der Erwerb der Kunden erfolgt unmittelbar über ihre eigenen Mitgliedsbanken als Durchgangsperson, da es der einliefernden Mitgliedsbank jeweils völlig gleichgültig ist, wer das Eigentum an den neu eingelieferten Effekten erlangt, wenn nur erreicht wird, daß auch sie bezw. ihr Kunde quotenmäßig beteiligt ist. In gewissem Sinne wird sogar durch die Geschäftsordnung der Willensrichtung bei diesem Vorgang eine Note gegeben, die den Charakter des Geschäfts als eines solchen „wen es angeht" bewußt unterstreicht. Wenn es dort heißt: „es ist vereinbart, daß von dem Zeitpunkt der Einlieferung ab den Eigentümern der eingelieferten Wertpapiere Miteigentum zustehen soll", so wird klar herausgestellt, daß die Beteiligten damit rechnen, daß hinter den Mitgliedsbanken Dritte stehen, die Eigentümer der Effekten sind und daß sie bei jeder Einlieferung den Willen haben, jeweils den Banken oder, soweit Kundeneigentum in Frage steht, speziell den Kunden Eigentum zu verschaffen. Der Unterschied gegenüber dem normalen Begriff des „Geschäfts, wen es angeht" ist, daß bei diesem der Veräußerer hinsichtlich der Person des Erwerbers kein bestimmtes Interesse hat und zwar meist aus zufälligen Gründen, etwa, weil es sich um einen Handkauf oder dergl. handelt, daß bei unserem Falle aber sogar der Wille vorhanden ist, den materiell Berechtigten Miteigentum zu verschaffen. Daß bei solcher Sachlage die Anwendung der Lehre des „Geschäfts, wen es angeht" umso weniger Angriffsfläche bietet, liegt auf der Hand. Bei dem Übergange des Miteigentums von den Depotteilhabern auf die einliefernde Bank bezw. durch „Geschäft, wen es angeht" auf deren Kunden ist der rechtliche Vorgang der gleiche. Grundlage bleiben immer die Ver-

wahrungsverträge, die die Beteiligten untereinander geschlossen haben [51]).

Lehnt man die soeben geschilderte Rechtsfigur als unzulässig ab, so verbleiben nur zwei Möglichkeiten einer Lösung, daß nämlich die Mitgliedsbanken den Kunden das Eigentum im Wege des Selbstkontrahierens durch Besitzkonstitut oder auf Grund eines antizipierten Besitzkonstituts verschaffen.

Was zunächst die Übertragung auf Grund Vertragsschlusses mit sich selbst angeht, so kann eine nähere Erörterung von vornherein unterbleiben, da ein besonderes Rechtsgeschäft bei jeder Hinterlegung nicht vorgenommen wird, soweit die der einlieferenden Bank gegenüberstehenden Mitgliedsbanken mitwirken müßten. Diese erfahren von der Einlieferung neuer Effekten regelmäßig nichts, weshalb keinesfalls angenommen werden kann, daß sie etwa in diesem Augenblick mit sich selbst kontrahieren [52]). Im übrigen würde diese Konstruktion der vertraglichen Ausgestaltung der Beziehungen der Beteiligten widersprechen. Denn die Geschäftsordnung geht davon aus, daß die Banken von der einzelnen Hinterlegung nichts wissen, daß aber dennoch Eigentum auf die materiell Berechtigten übergehen soll.

Die Konstruktion über das antizipierte Besitzkonstitut ist einwandfrei. In dem Abschluß des Sammelverwahrungsvertrages zwischen der Bank und ihren Depotkunden liegt, wie der Wortlaut ergibt, die Abrede, daß der bei der Hinterlegung der Effekten im Sammeldepot entstehende Sammeldepotanteil sofort mit dem Erwerbe durch die Bank auf die Kundschaft übergehen soll. Ebenso sollen die auf Grund dieses Sammeldepotanteils von der Bank erworbenen Anteilsrechte an den später von dritter Seite zum Effektendepot hinterlegten Effekten gleicher Gattung auf den Kunden übergehen. Diese Theorie hat nur einen Nachteil. Begriffsnotwendig liegen „zwei zeitlich zusammenfallende Sukzessionen" [53]) vor, sodaß die Bank immer erst Rechtsvorgänger ihres Kunden wird. Daher könnte der Fall eintreten, daß der Kunde als Rechtsnachfolger aus irgend einem Grunde ein minderes Recht erwirbt. Schumann [54]) wirft in diesem Zusammenhang die Frage auf, ob nicht Gläubiger der Bank die Eigentumsübertragung auf den Kunden nach Maßgabe der Konkursordnung oder des Anfechtungsgesetzes anfechten können. In der Tat ist dieses Bedenken durchaus begründet. Die beispielsweise nach der Zahlungseinstellung erfolgte Befriedigung wäre anfechtbar, wenn der Gläubiger von der Zahlungseinstellung gewußt hätte. An diesem Ergebnis ließe sich nichts ändern. Der Hinweis Schumanns, daß die Bank eben als Mittelsperson Eigentum erworben habe, vermag die bezeichnete Rechtsfolge nicht zu hindern und eine entsprechende Anwendung

---

51) die Auffassung, daß beim Sammeldepot ein „Geschäft, wen es angeht", vorliegt, wird auch vertreten von Staub Anm. 3zu § 419 S. 646 und Schumann S. 1189 ff., insbes. S. 1196.

52) so übrigens auch Metze Bd. 91 S. 5.

53) von Thur Bd. II S. 349.

54) S. 1194.

der für die Sicherungsübereignung oder für die Treuhandverhältnisse entwickelten Grundsätze verbietet sich aus konstruktiven Gründen. Gerade dieses Ergebnis zeigt mit aller Deutlichkeit, daß mit der Annahme eines antizipierten Besitzkonstituts unnötige Schwierigkeiten auftreten können. Es wäre unerträglich, wenn der Kunde nur aus konstruktiven Erwägungen heraus anfechtbares Eigentum erhielte.

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, daß der von allen Beteiligten gewünschte Erfolg, dem Kunden bezw. der Bank beim Girosammelverkehr Miteigentum zu verschaffen, auf Grund der Vertragstheorie bedenkenlos erreicht wird. Es ist ein klarer und damit auch einfacher Weg, der zu diesem Ziele führt. Daß der genannte Vorgang in der theoretischen Entwicklung schwierig anmutet, besagt nichts. Denn nur allzu oft begegnen gerade einfache tatsächliche Vorgänge bei der juristischen Erfassung den erheblichsten Schwierigkeiten. Es kann aber auch nicht anerkannt werden [55]), daß die Vertragstheorie von tiefgehenden Streitfragen des bürgerlichen Rechts abhängig ist und deshalb „wohl auch nur als ein notwendiges Übel hingenommen werden" müsse. Ein solches Urteil übersieht die Aufgabe, die der Rechtswissenschaft gesetzt ist, einen rechtsgeschäftlichen Vorgang auf der Grundlage des wirklich Gewollten zu untersuchen, selbst auf die Gefahr verwickelter und an sich schwieriger Konstruktion.

Haben wir mit vorstehenden Ausführungen das Einlieferungsgeschäft behandelt, so bleibt nunmehr das Auslieferungsgeschäft zu erörtern. Dies erscheint schon deshalb gerechtfertigt, da sich eine rechtliche Würdigung dieses Vorganges in der gesamten Literatur nicht findet. Wenn wir dabei wiederum die Reihenfolge einhalten, an die wir uns bei der Begründung des Miteigentums gehalten haben, so erstreckt sich die Prüfung zunächst auf den Fall des einfachen Giroeffektenverkehrs unter Zugrundelegung des Rechtsverhältnisses der Mitgliedsbank zur Sammelstelle bei Nostroanteil der Bank.

Bezüglich des Auslieferungsgeschäfts ist in der Geschäftsordnung folgendes vereinbart:

„§ 13.

Verfügungen erfolgen nur mittels ordnungsmäßig ausgestellter Effektenschecks.

§ 14.

Die weißen Effektenschecks sind zur Aushändigung der an die Stelle der Sammeldepotanteile tretenden Stücke bestimmt. Mit der Auslieferung scheiden die Stücke aus der Sammelverwahrung aus. Die Auslieferung erfolgt an jeden Überbringer des Effektenschecks. Die Girobank ist zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Legitimation des Überbringers zu prüfen."

Die vorstehende Abrede stellt ein Teilungsabkommen dar, das die Durchführung der Teilung betrifft [56]). Daß ein derartiger Vertrag zulässig ist, steht außer Zweifel, da das Recht des Teilhabers, jeder-

55) Schumann S. 1189 ist dieser Auffassung.
56) So auch Dür.-Hach. Anm. 7 d Anh. zu § 424, S. 1078.

zeit die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, dadurch nicht beschränkt wird [57]).

Damit ist allerdings die Vollziehung des Vertrages, die eigentliche Teilung, noch nicht durchgeführt. Diese wird eingeleitet dadurch, daß die Effektenbank einzelne Effekten aus der Gattung auswählt und zwar so viele Stücke, als zur Ablösung des Miteigentümeranteils erforderlich sind. Was bedeutet die Herausnahme dieser Stücke für die dingliche Rechtslage der Mitgliedsbank? Wir sind zu dieser Fragestellung berechtigt, weil diese Bank bis zur Entnahme der ihrem Anteil entsprechenden Anzahl von Effekten Miteigentum hatte und es von größtem Interesse sein muß, offen zu legen, wie sich jetzt die Eigentumsverhältnisse gestalten.

Zweifellos hat die Bank, die nur Bruchteilseigentum an dem Effektenbestande hatte, dadurch noch nicht Eigentum an den ausgewählten Stücken, da es eine Surrogation in dieser Beziehung nicht gibt. Es muß ihr also erst das Eigentum an diesen Stücken wieder verschafft werden. Das geschieht rechtlich in der Weise, daß die Effektengirobank die ausgewählten Stücke der Mitgliedsbank anbietet, wodurch sich übrigens gleichzeitig die Gattungsschuld in eine spezielle Schuld verwandelt.

Bis zu diesem Augenblick ist die Bank noch Miteigentümerin am Sammeldepot. Wenn alsdann die Offerte der Sammelstelle, Eigentum zu übertragen, angenommen wird, so geht das Eigentum an den speziellen Stücken auf die Mitgliedsbank über. Die Einigung findet, wie bei der Einlieferung, zwischen den Mitgliedsbanken, vertreten durch die Sammelstelle, und der erwerbenden Mitgliedsbank statt. Die Besitzübergabe erfolgt gemäß § 929 Satz 1 BGB., da es genügt, wenn der unmittelbare Besitzer (Girobank) im Einverständnis mit dem Eigentümer (Mitgliedsbanken) die Übergabe vollzieht [58]).

Der Sammelverwahrungsvertrag, die schuldrechtlichen Beziehungen der Sammelstelle zur Mitgliedsbank haben dann ihr Ende gefunden.

Wesentlich schwieriger ist das Auslieferungsgeschäft bei Zugrundelegung des erweiterten Giroeffektenverkehrs rechtlich zu erfassen. Hier sind 2 Fälle zu unterscheiden. Einmal kann der Kunde die Bank beauftragen, seinen Effektenanteil abzulösen und die abgeholten Stücke ihm unmittelbar auszuhändigen, zum anderen besteht die Möglichkeit, daß die Mitgliedsbank einen weißen Scheck ausstellt, diesen dem Kunden aushändigt, der darauf selbst die Stücke bei der Sammelstelle zur Abhebung bringt [59]).

Wir behandeln den Fall, daß die Bank selbst Ausführungsauftrag hat, zuerst. Hier kommen wieder die Regeln über das „Geschäft, wen es angeht" zur Anwendung. Auch hier haben die Mitgliedsbanken

---

57) So auch RGR.Komm. Anm. 5zu § 749; Anm. 1 zu § 752.

58) Vergl. RGR.Komm. Anm. 3 zu § 929 S. 253; Erlanger S. 27.

59) Der Fall der Abholung der Effekten durch einen Dritten, den „Überbringer" des Schecks, bleibt unerörtert, um den Rahmen dieser Arbeit zu wahren.

bezw. die Effektengirobank kein Interesse daran, das Eigentum an eine bestimmte Person zu übertragen und es kommt daher entscheidend nur auf das Verhältnis der Mitgliedsbank zu dem Kunden an. Es wird also Eigentum unmittelbar auf den Kunden übertragen und zwar Sondereigentum. Das gilt selbst für den Fall, daß die Mitgliedsbank gleichzeitig für mehrere Kunden Ausführungsaufträge ausführt. Denn es ist heute üblich, daß die Mitgliedsbanken sofort die einzelnen Nummern für die Kunden getrennt halten, nicht etwa nach Ausfolgung der Aktien durch die Sammelstelle zunächst erst gesammelt verwahren.

Man kann nun noch fragen, was aus dem Anteile des Kunden wird, den er bis zur Ausfolgung der Aktien am Sammeldepot inne hatte. Die Antwort ist klar. Mit dem Übergange des Kundeneigentums in den Besitz der Mitgliedsbank hat die Sammelstelle insoweit ihre Rückgewährungsverpflichtung im Rahmen des Sammelverwahrungsvertrages gegenüber der Mitgliedsbank erfüllt. Das Eigentum, das der Kunde ursprünglich bruchteilsmäßig am Sammeldepot hatte, geht jetzt auf die anderen Mitgliedsbanken bezw. deren Kunden anteilmäßig über und zwar ebenfalls durch „Geschäft, wen es angeht", da die Effektengirobank dieses Eigentum zu Gunsten der Mitgliedsbanken bezw. zu Gunsten der Kunden dieser Banken aneignungsweise erwirbt.

In dem 2. Falle, bei dem der Kunde selbst mit Hilfe eines ihm überlassenen weißen Schecks die Effekten abholt, überträgt die Effektengirobank Eigentum gemäß § 929 BGB. unmittelbar auf den Kunden[60]).

Mit Vorstehendem ist der Effektengiroverkehr anhand der Vertragstheorie rechtlich gewürdigt. Es bliebe also jetzt die Vermengungstheorie zu erörtern. Das soll aber unterbleiben. Die Frage der Entstehung von Miteigentum aufgrund Vermengung könnte praktisch nur auftreten, wenn einmal ein einzelner Sammelverwahrungsvertrag nichtig oder mit Erfolg angefochten wäre. Daß dann das Miteigentum unabhängig vom Willen der Beteiligten allein aufgrund Vermengung entstehen würde, begegnet keinem Bedenken. Es kann deshalb auf die eindeutigen Ausführungen in der Literatur verwiesen werden[61]).

§ 6. Probleme des nichtintakten Depots.

Haben wir davon auszugehen, daß sämtliche Mitgliedsbanken bezw. sämtliche Kunden Miteigentum erhalten, so besteht kein Zweifel, daß sie als Miteigentümer eine Gemeinschaft nach § 741 ff. BGB. bilden. Gerade das Miteigentum schwebte dem Gesetzgeber als der wichtigste Fall der Gemeinschaft vor, wenn auch die Bestimmung des

60) So auch Dür. Hach. Anm. 7 d zu Anh. § 424 S. 1079.

61) Vergl. insbesondere RGR.-Komm. Anm. 3 zu § 948 S. 286 f. ferner Opitz, BA. XXVII, Nr. 11 S. 197; v. Ibell S. 45.

§ 741 BGB. so allgemein gehalten ist, daß sie auch auf andere Rechte Anwendung finden kann [62]).

Das Eigentümliche dieser Gemeinschaft liegt darin, daß zwischen den Gemeinschaftern — wie es übrigens hier der Fall ist — keine andere Beziehung bestehen braucht, als die, welche durch das Miteigentum an der Sache hergestellt wird [63]). Gerade das legt die Frage nahe, welche Ansprüche die Beteiligten untereinander haben und zwar insbesondere dann, wenn das Depot nicht mehr „intakt" ist [64]), welche Rechtsfolgen sich ergeben, wenn ein Verlust am Sammeldepot eintritt. Auf dieses Problem soll näher eingegangen werden, da insoweit die im Schrifttum gewonnenen Ergebnisse einer stärkeren Vertiefung bedürfen und gerade dieses Problem die Kundschaft weitgehend berührt.

Zunächst ist der Standpunkt des Schrifttums zu diesem Problem festzustellen. Die einhellige Meinung geht dahin, daß die Miteigentümer am Sammeldepot eine Gefahren- und Schicksalsgemeinschaft bilden, daß sie etwa aufgetretene Verluste pro rata ihres Anteils zu tragen haben [65]). Breit [66]) führt dazu aus, daß die Gemeinschaft aller Miteigentümer von Natur aus eine Schicksalsgemeinschaft sei, daß das Postulat der Gerechtigkeit allein von der Gemeinschaftstheorie erfüllt wird. So sehr überzeugend die Annahme einer Gefahrengemeinschaft ist, so sehr bedarf es andererseits der Nachprüfung, ob diese Theorie auch einer wissenschaftlichen Untersuchung Stand zu halten vermag.

Wenn wir zunächst den Fall unterstellen, daß nur die Mitgliedsbanken am Sammeldepot beteiligt sind, so begegnet uns die Vorschrift des § 25 GO., die sich über die Verlustregelung verhält. Es heißt dort wörtlich:

„1.

Ungeachtet der Bestimmung im § 7 dieser Geschäftsordnung haftet die Girosammelstelle für die ihr im Giroverkehr übergebenen Wertpapiere nur nach Maßgabe der gesetzlichen Ver-Verpflichtungen des Verwahrers.

2.

Die Mitglieder des Effektengiro haben die Verluste, für welche hiernach die Frankfurter Bank nicht aufzukommen hat, insbesondere die Schäden durch Krieg, Aufruhr, Streik, Aussperrung, Verfügung von hoher Hand oder höhere Gewalt nach Verhältnis des Anteiles, welchen sie am Tage des Verlustes an der betreffenden Wertpapiergattung gehabt haben, gemeinschaftlich zu tragen. Ist der Tag des Verlustes nicht mit voller Sicherheit festzustellen, so gilt der Tag der Entdeckung als Tag des Verlustes. Der hiernach jedes beteiligte Mitglied treffende Verlust-

62) v. Thur I S. 85.
63) so auch v. Thur I S. 80.
64) Ausdruck v. Breit BA. XXV S. 421 ff.
65) So Staub Anm. 6 zu § 419 S. 646 und Anm. 59 a zu Anh. § 424; Dür. Hach. Anm. 7 e, Anh. zu § 424 S. 1082; Boesebeck BA. XXII S. 390; Jaeger Anm. 29 zu § 43 S. 760; Simon (Festg. f. Salomonson) S. 56.
66) BA. XXV S. 423.

anteil wird von dem Verwaltungsausschuß nach dem obigen Maßstabe im einzelnen Falle festgestellt und jedes Mitglied unterwirft sich hierdurch dieser Feststellung ohne Einrede."

Bei dieser Regelung ergeben sich sofort eine Reihe von lösenswerten Fragen.

Nehmen wir an, es seien durch Blitzschlag 500 IG.-Aktien des Sammeldepots vernichtet worden. Die Bank A. hätte unmittelbar vor diesem Ereignis einen Anteil von 100/10 000 Miteigentum an der Gattung IG.-Aktien gehabt. Schmälert sich nun ihr Anteil auf 100/10 000 + 500 Miteigentum an dieser Gattung? Zweifellos ja. Denn die GO. ist wesentlicher Bestandteil des von der Bank A. geschlossenen Sammelverwahrungsvertrages und durch sie ist vereinbart, daß die Verlusttragung gemeinschaftlich und anteilsmäßig erfolgt. Dieser Fall bietet also an sich keinerlei Schwierigkeiten.

Wenn wir nun einen Schritt weiter gehen und den Fall der Sammelverwahrung ins Auge fassen, bei dem die Mitgliedsbank neben eigenen Effekten auch Bestände der Kunden eingeliefert hat, so entsteht sogleich die Frage, ob im Verhältnis zwischen Sammelstelle und Mitgliedsbank § 25 GO. auch auf die Kunden-Effekten zu beziehen ist, d. h., ob die Mitgliedsbank im Verhältnis zur Sammelstelle auch den Verlust zu tragen hat, den an sich der Kunde als Miteigentümer tragen müßte. Auch das dürfte zu bejahen sein. Die Mitgliedsbanken treten, wie schon ausgeführt, im eigenen Namen auf, nur sie allein erscheinen in den Büchern der Effektengirobank. Diese führt nämlich nur ein Mitgliedskonto, daß nach Mitgliedern und innerhalb dieser wieder nach Effektengattungen gerordnet ist, und ein totes oder Sachkonto, das die umgekehrte Einteilung aufweist [67]).

Demnach ist nicht der geringste Zweifel vorhanden, daß die Mitgliedsbank aufgrund des § 25 GO. für ihren ganzen buchmäßigen Anteil haftet, auch wenn der buchmäßige Anteil in Wirklichkeit ganz oder zum Teil den hinter der Bank stehenden Kunden materiell zusteht. Auch insoweit ist das Rechtsverhältnis der Beteiligten geklärt, weil eine ausdrückliche Vereinbarung über die Risikoverteilung vorliegt.

Nun hat man sich weiter die Frage vorzulegen, ob die Mitgliedsbank den entstandenen und von ihr getragenen Verlust auf die Kunden abwälzen kann. Deichmann [68]) meint dazu:

„Besteht der Gesamtanteil aus einem Anteile der Zentralbank (gemeint ist eine Mitgliedsbank), aus Anteilen von deren Kunden, ... , so verteilt sich der zunächst auf die Zentralbank entfallende Verlust wiederum den Anteilen entsprechend auf die unmittelbar untergestaffelten Stellen; letzten Endes teilen sich die Kunden pro rata parte in den Verlustanteil ihrer Bank."

So salomonisch dieser Entscheid ist, so ist man doch versucht, zu fragen, weshalb eigentlich diese Rechtsfolge eintritt. Zwischen dem

67) Siehe Lemaitre S. 26.
68) S. 123.

Kunden und seiner Bank besteht eine Vereinbarung wie sie § 25 GO. darstellt, nicht einmal andeutungsweise. Weder weisen die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken eine solche Bestimmung auf, noch ist die Vorschrift des § 25 GO. etwa im Verhältnis zwischen Kunde und Bank vereinbartes Recht. (Vergl. die Ausführungen S. 9). Es mag das Ergebnis möglicherweise gerecht sein und dem Rechtsempfinden entsprechen, eine vertragliche Rechtfertigung für die angeführte Ansicht ist jedenfalls nicht vorhanden. So kommen wir auf diesem Wege wieder zu dem Ausgangspunkt unserer Betrachtungen zurück, nämlich zu der Frage, welche Rechtsfolgen für die Gemeinschafter untereinander auftreten, wenn an den im Miteigentum stehenden Effekten ein Verlust entsteht.

Wir hatten oben schon bemerkt, daß in Bezug auf diese Frage die Gemeinschaftstheorie vertreten wird und haben uns nunmehr darüber zu verhalten, ob diese Theorie der grundsätzlichen Prüfung standhält, vielleicht sogar die einzige Möglichkeit darstellt, zu einem billigen Ergebnis zu gelangen.

Man wird zunächst unmittelbar aus den Bestimmungen über die Gemeinschaft eine Rechtfertigung für diese Ansicht zu suchen haben. Nach § 748 BGB. ist jeder Teilhaber den anderen Teilhabern gegenüber verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstandes sowie die Kosten der Erhaltung, der Verwaltung und einer gemeinschaftlichen Benutzung nach dem Verhältnisse seines Anteils zu tragen. Es fragt sich, ob das Gesetz nicht dahin ausgelegt werden könnte, daß eintretende Verluste als „Lasten" des gemeinschaftlichen Gegenstandes gelten. Wir wollen uns dieser Annahme verschließen. Das bürgerliche Recht legt ausnahmslos dem Ausdruck „Lasten" eine andere Bedeutung bei. Danach sind Lasten nur Leistungen, die aus dem belasteten Gegenstande zu entrichten sind und dessen Nutzungswert mindern [69]). Immerhin bleibt doch noch offen, ob die Bestimmung des § 748 BGB. etwa einen allgemeinen Rechtsgedanken enthält dahin, daß die Gemeinschafter jede Einbuße gemeinschaftlich tragen müssen. Bevor jedoch auf dieses Problem näher eingegangen wird, soll vorerst untersucht werden, ob nicht etwa eine andere ausdrückliche Gesetzesbestimmung die Gemeinschaftstheorie rechtfertigen könnte.

Riesser-Bernstein [70]) wenden § 419 HGB. entsprechend an. Sie entnehmen aus dieser Vorschrift den Grundsatz, daß der Lagerhalter — hier die Effektengirobank — die Zuscheidung gemäß eigenen Rechts als Treuhänder der Einlagerer vornehmen könne und daß Verluste und Beschädigungen, die nach der Vermischung eintreten, von den Beteiligten gemeinsam zu tragen sind, sofern nicht der Lagerhalter dafür einzustehen habe. Wir vermögen dieser Auffassung nicht zu folgen. Zwar kann man die Auffassung vertreten, daß das Sammeldepot ein Lagergeschäft sei und kann schließlich Wertpapiere auch als Güter

---

69) §§ 101, 103 BGB. — vergl. RG. 66, 318.
70) Seite 117.

im Sinne der §§ 416 ff. HGB. auffassen [71]), aber selbst entsprechende Anwendung des § 419 Abs. 2 HGB. auf das Gemeinschaftsverhältnis der Depotteilhaber verbietet sich aus zweierlei Gründen.

Zunächst ist zweifelhaft, ob eine treuhänderische Stellung der Girobank, kraft eigenen Rechts den Verlust zu verteilen, vom Kunden gewollt ist. Nachdem der Kunde auf sein Eigentum nicht verzichtet, sondern im Gegenteil an der Aufrechterhaltung nach der von ihm abgegebenen Erklärung Interesse hat, will er sinngemäß auch die Herrschaft über sein Miteigentum wenigstens soweit das irgend möglich allein ausüben. Wir haben allerdings oben bemerkt, daß das Herrschaftsrecht kaum ausgeübt werden kann. Aber kann man dieses Recht sogar insoweit als nichtexistent betrachten, daß man folgert, er habe die Ermächtigung gegeben, bei Verlusten solle die Effektengirobank kraft eigenen Rechts eine Verteilung vornehmen? § 419 HGB. stellt dispositives Recht dar; es ist, will man dem Willen des Kunden überhaupt noch gerecht werden, doch zum mindesten der Zweifel gestattet, ob der Kunde die Teilung völlig der Sammelstelle überlassen will.

Aber selbst dann, wenn man einen entsprechenden Willen oder jedenfalls keinen entgegengesetzten Willen des Kunden annimmt, hilft § 419 Abs. 2 HGB. nicht dazu, die hier zu entscheidende Frage zu lösen. Es ist dort nur die Rede davon, daß der Lagerhalter jedem Einlagerer den ihm gebührenden Anteil ausliefern könne, hingegen von einer Ermächtigung, bei Verlusten anteilsmäßige Verteilung vorzunehmen, ist keine Rede. Wenn Düringer-Hachenburg[72]) und Staub[73]) die Ansicht vertreten, daß der eingetretene Verlust auf Kosten der Gemeinschaftsgenossen gehe, so geben sie dafür jedoch keine Begründung. Aus § 419 Abs. 2 selbst ergibt sie sich jedenfalls nicht. Die Worte „den ihm gebührenden Anteil" beziehen sich bei unbefangener Auslegung doch immer nur auf den Anteil des Miteigentümers selbst. Die von beiden Schriftstellern zur Stützung ihrer Ansicht herangezogene Entscheidung des Reichsgerichts vom 3. 1. 1906 [74]) besagt für das angegangene Problem nichts. Denn in dem entschiedenen Falle hatten die Konossemente die Klausel enthalten, daß, wenn mehrere Partien von losem Getreide gleicher Art verdorben seien, jede Partei ihren verhältnismäßigen Anteil am Verlust oder der Beschädigung tragen sollte.

Da eine ausdrückliche gesetzliche Regelung demnach fehlt, ist es verständlich, wenn Eichholz [75]) zu dem Ergebnis gelangt, daß die Beantwortung der Frage, ob der Kunde anteilsmäßig am Verlust tragen müsse, nicht ohne Eingreifen des Gesetzgebers gelöst werden könne. Aber so weit braucht man wiederum nicht zu gehen. Schon oben ist angedeutet worden, daß man sehr wohl auf den Gedanken kommen

---

71) so Ascher S. 23; Billmann § 8S. 29 ff.; v. Ibell S. 75.
72) Anm. 7 zu § 419 S. 1044.
73) Anm. 6 zu § 419 S. 646.
74) Holdheim XV S. 105.
75) BA. XXVI Nr. 3.

könne, die Vorschrift des § 748 BGB als den Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens aufzufassen, wonach Gemeinschafter schlechthin auch eine Gefahren- und Interessengemeinschaft bilden. In der Tat gibt es Fälle, in denen eine Lösung nur aufgrund der Gemeinschaftstheorie möglich und gerecht ist. Nehmen wir den theoretischen Fall, lediglich 5 Kunden hätten sich mit 100 IG.-Aktien am Sammeldepot beteiligt, alsdann wäre durch höhere Gewalt ein Verlust von 100 IG.-Aktien entstanden. Wer trägt den Schaden?

Die Beantwortung der Frage muß erfolgen, ein Ausweichen vor der Entscheidung gibt es für den Richter nicht. Eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift fehlt. Was liegt näher, als die Entscheidung so zu fällen, wie sie den Erfordernissen des praktischen Lebensbedürfnisses entspricht, wie sie materielle Gerechtigkeit erfordert. Zweifellos beherrschen diese Gedanken das gesamte geltende Recht, wenn sie auch nicht ausdrücklich in Worte gefaßt sind. Das Ergebnis ist klar: jeder Kunde erhält 80 IG.-Aktien zurück, der Verlust ist anteilsmäßig zu tragen.

Aber es erscheint sogar möglich, aus dem Gedanken einer positiven gesetzlichen Bestimmung das gleiche Ergebnis zu begründen. In einem vom Reichsgericht entschiedenen Falle [76]) hatten mehrere Käufer im Voraus von der Jahresernte des Verkäufers, der einen bestimmten Zuckerrübensamen nur allein anbaute, eine bestimmte Menge gekauft. Später reichte eine Jahresernte nicht aus, die Befriedigung aller Käufer, wie vertraglich vorgesehen, vorzunehmen. Der Verkäufer verteilte darauf die Gesamtmenge verhältnismäßig auf die einzelnen Käufer. Das Reichsgericht hat dieses Vorgehen gebilligt. Es führt aus, daß zwischen den mehreren Käufern, für jeden voraussehbar, eine Interessengemeinschaft bestand, deren Folge sich zeigen mußte, wenn die Ernte zwar genügte, einen einzelnen oder mehrere Käufer voll zu befriedigen, nicht aber hinreichte zur Befriedigung aller. Der Verkäufer habe nicht mehr tun können, als die gesamte Ernte der Gesamtheit der Käufer zur Verfügung zu stellen. Ging er darüber hinaus und gab er einem der Käufer volle Befriedigung, so belastete er sich mit Ansprüchen der anderen, die von ihm fordern konnten, daß er bei der Verteilung nach Recht und Billigkeit, also gleichmäßig verfuhr. Er brauchte die Leistung nur so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erforderte (§ 242 BGB.).

Diese Gedankengänge können nicht angegriffen werden. Eine andere, billige Lösung des Problems der damaligen Forderungskollision gab es nicht. Wenn bei unserem Problem der Sachverhalt auch ein anderer ist, insofern es sich nicht um eine Interessengemeinschaft handelt, deren einzelnes Mitglied schuldrechtliche Ansprüche hat, sondern es sich lediglich um die Grenzen des dem Miteigentümer zustehenden Auseinandersetzungsanspruches handelt, so bleibt doch die Interessenlage die gleiche und man braucht sich nur die Rechtsnatur

76) RG. 84, 125 ff.

der Gemeinschaft zu vergegenwärtigen, um sofort das gleiche Ergebnis zu erhalten.

Die Gemeinschaft ist ein kraft Gesetzes entstehendes Rechts-(Schuld)verhältnis [77]). Aufgrund dieses Rechtsverhältnisses kann jeder Teilhaber die Aufhebung der Gemeinschaft durch Teilung verlangen (§ 749). Der Teilungsanspruch richtet sich gegen die übrigen Teilhaber [78]). Gleichzeitig aber unterliegt das Rechtsverhältnis und damit auch der Teilungsanspruch den allgemeinen Regeln, die einzelnen Teilhaber haften bei Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten gegenüber den anderen nach allgemeinem Maßstabe, folglich auch im Rahmen des § 242 BGB.[79]).

Ist das aber der Fall, dann kann der Gemeinschafter von den anderen Teilhabern nicht seinen vollen Teil verlangen, weil jeder Teilhaber dann sofort auch seinen vollen Anspruch geltend machen würde, das aber sich nicht mit Treu und Glauben vereinbaren lassen würde.

Sogleich vermögen wir aber den soeben gewonnenen Grundsatz einer erheblichen Belastungsprobe zu unterziehen. Man nehme folgenden Fall an, der dem Verfasser aus Bankkreisen zur Entscheidung vorgelegt wurde. Die Girosammelstelle hätte am 10. Februar einen Posten von 3000.— nominell IG.-Aktien des Kunden A. ins Depot genommen. Der Saldo des toten Kontos erhöhte sich damit um 3000 Aktien. Am 11. Februar stellt sich heraus, daß das IG.-Aktiendepot bereits am 1. Februar, also 10 Tage vor der neuen Einlieferung durch den Kunden A., einen erheblichen Verlust durch einen Umstand erlitten hat, den die Effektengirobank nicht zu vertreten hat.

Hier fragt es sich, ob nicht der Kunde A Herausgabe von 3000 IG.-Aktien fordern kann mit der Begründung, daß ausweislich der Bücher der Girobank der Saldo sich nach dem Tage des Verlusteintritts um 3000 erhöht habe, daß der seinen 3000 Aktien entsprechende Teil in Gattung folglich noch vorhanden sein müsse.

Haben wir damit die Grenzen der Gemeinschaftstheorie erreicht? Zweifellos befinden wir uns hier an einer für die gesamte Einrichtung des Girosammelverkehrs entscheidenden Stelle. Stellt man sich auf den Standpunkt, der Kunde erhalte 3000 Aktien voll aus dem durch Verlust verminderten Bestande, so ist des Wirrsals kein Ende. Denn mit gleichem Rechte würden sämtliche Kunden, die nach dem 1. Februar Effekten eingeliefert hatten, volle Berücksichtigung fordern und der Verlust würde letztlich an den am Verlusttage Beteiligten ausgehen. Die Feststellung der einzelnen Ansprüche würde einen Aufwand von Zeit und Mühe erfordern, den die Kundschaft nur mit Mißtrauen gegen die gesamte Einrichtung quittieren würde. Hält man aber an dem Grundsatz fest, dann müßte sich jeder Kunde fragen, ob nicht die geringen Kostenvorteile gegenüber dem Sonderdepot weitgehend gegenüber der Gefahr des Eigentumsverlustes zu-

77) Staudinger Anm. 3 zu § 741 S. 1402.
78) RGR.Komm. Anm. 1 zu § 749.
79) Vergl. Staudinger Anm. 3d zu § 741 S. 1402.

rücktreten, ob nicht die Übernahme verhältnismäßig geringer Mehrkosten sich absolut schon um des Willen rechtfertigt, weil wenigstens die Gefahr der Einbuße des Eigentums gebannt ist. Es ist nicht erklärlich, weshalb bisher auf dieses Problem im Schrifttum überhaupt noch nicht eingegangen worden ist. Eine Würdigung des Effektengiroverkehrs muß sich allenfalls darüber verhalten. Denn die Möglichkeiten eines nicht zu vertretenden Verlusteintritts sind doch immerhin recht zahlreich.

Wir entscheiden die Frage zu Gunsten des Kunden. Der Kunde erhielt, als er die Effekten am 10. Februar einlieferte, Miteigentum im Verhältnis zum damaligen Gesamtbestande. Das wollten sämtliche Beteiligten, die immer vom „jeweiligen Gesamtbestande" ausgehen. Da der Gesamtbestand bereits durch Verlust vermindert war, blieb der Anteil des Kunden ungeschmälert. Zum Beweise seiner Ansprüche braucht er nur auf die Bücher der Effektengirobank zu verweisen, gegebenenfalls kann er Auskunft verlangen [80]). Das Miteigentumsrecht besteht sonach ungeschmälert fort. Es ginge zu weit, auch hier noch die Gemeinschaftstheorie zur Auswirkung kommen zu lassen. Denn die Gemeinschaft ist eine rein zufällige, keine Treugemeinschaft wie beispielsweise die Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts.

Die Richtigkeit dieser Auffassung wird weiter bestätigt, wenn man — um bei dem gegebenen Beispiel zu bleiben — annimmt, daß zwischen dem ersten und 10. Februar, wie in der Praxis täglich vorkommend, Kunden am Sammeldepot beteiligt wurden und wieder ausgeschieden sind. Daß diese Kunden am Verlust nicht teilnehmen, dürfte kaum bestritten werden; aus welchem Grunde dann der spätere Teilhaber, dessen Miteigentumsrecht noch erhalten und erweisbar ist, schlechter gestellt werden sollte, wäre unersichtlich.

Hier zeigen sich also Grenzen der Gemeinschaftstheorie, die in der Praxis durchaus einmal spruchreif werden können, wenn man berücksichtigt, daß natürlich sämtliche Kunden, die nach dem Verlusttage Miteigentum erworben haben und noch erweisen können, volle Befriedigung verlangen können und nur diejenigen anteilsmäßig den Verlust tragen, die am Verlusttage beteiligt waren oder deren etwa nach dem Verlusttage entstandenes Miteigentum sich nicht mehr erweisen läßt.

Wie diese Überlegungen zeigen, hat die Einrichtung des Girosammeldepots auf dinglicher Grundlage erhebliche Nachteile gebracht. War man mit dem Ende der Inflation allzu geneigt, dem Kunden die gesamte Einrichtung dadurch näher zu bringen, daß man sein Eigentum zu erhalten versuchte, so geschah dies aus dem Bedenken, daß die Kundschaft nur mit Mißtrauen an die Sammelverwahrung herangehen werde. Besser wäre es gewesen, man hätte den Kunden davon überzeugt, daß die beteiligten Banken volles Vertrauen verdienen

---

80) Die Bücher der Bank unterliegen zwar dem Bankgeheimnis, aber insoweit wird man die Auskunftspflicht nach Treu und Glauben anerkennen müssen. — Vergl. RG. 108 S. 7.

und hätte dem Kunden mit der Einräumung eines schuldrechtlichen Anspruches gedient.

Wenn wir nun vom Boden dieser theoretischen Entwicklung aus die oben gestellte Frage, ob die Bank sich wegen des Verlustes, den sie gemäß § 25 GO. gegenüber der Sammelstelle in jedem Falle tragen muß, an den Kunden halten kann, beantworten wollen, so sind wir über die Rechtsgrundlage dieses Anspruches der Mitgliedsbank im Klaren. Er beruht auf dem Gemeinschaftsverhältnis und läßt sich aus §§ 242, 756 BGB. entnehmen.

Eine besondere Frage ist, wie praktisch die Verlustteilung unter den Beteiligten geschieht. Zunächst ist dabei festzustellen, daß in einem Teil der Verlustfälle ein endgültiger Schaden für die Depotteilhaber aus einem besonderen Grunde nicht entsteht. Die Girobanken führen nämlich ein Nummernverzeichnis der lagernden Stücke. Tritt ein Verlust ein, so wird von ihr zunächst anhand des Verzeichnisses festgestellt, welche Stücke von dem Verlust betroffen sind. Alsdann wird sie zu erwägen haben, ob sie berechtigt ist, gemäß § 228 HGB. die Kraftloserklärung der Urkunden im Wege des Aufgebotsverfahrens zu betreiben und alsdann neue Effekten aufgrund der Bestimmung der §§ 228 HGB., 800 BGB. zu beschaffen. Zur Kraftloserklärung wird man die Effektengirobank wohl als legitimiert betrachten können. Nach § 1004 ZPO. ist der „bisherige Inhaber" des abhanden gekommenen oder vernichteten Papiers antragsberechtigt. Nun ist zwar Inhaberschaft nicht gleichbedeutend mit Besitz im Rechtssinne, auch wenn der Besitz aufgrund eines Vertrages (Verwahrung) rechtmäßig erlangt ist[81]), aber die Effektengirobank ist nicht nur Besitzerin, sondern es ist ihr auch — wenigstens darf man das nach dem Zweck der Sammelverwahrung als den Willen der Beteiligten annehmen — die Rechtsausübung zu treuen Händen überlassen. Rechtlich kann man insoweit eine Ermächtigung als vorliegend annehmen[82]). Gegen diese Ansicht bestehen umso weniger Bedenken, als die Girobank das Recht beim Aufgebot nur formell, nicht materiell wahrnimmt.

So ist in einer Reihe von Verlustfällen ein endgültiger Schaden abwendbar. Aber oftmals ist die Kraftloserklärung in der Satzung einer Aktiengesellschaft und dementsprechend in der Aktienurkunde ausgeschlossen. Möglich ist auch, daß das Nummernverzeichnis ebenfalls abhanden gekommen ist oder vernichtet ist und daß deshalb eine Identifizierung der Aktien unmöglich ist. Dann fragt es sich, ob die Effektengirobank berechtigt ist, statt der verlorenen Stücke andere derselben Gattung einzukaufen und den Kaufpreis umzulegen. Deichmann[83]) bejaht die Frage, meines Erachtens mit Unrecht. Wenn er

---

81) Dür. Hach. Anm. 3zu § 228 HGB. S. 305; RGR.Komm. Anm. 4 zu § 793 S. 526.

82) im Ergebnis gleich: Staub Anm. 1 zu § 228 S. 269 vergl. auch ders. Anm. 16 zu § 222 S. 216; näheres über die Konstruktion durch Ermächtigung Ludewig JW. 22 S. 1501; ferner Ascher S. 25/26.

83) S. 122.

aus der bei der Begründung der Gemeinschaft zum Ausdruck gebrachten Absicht der Beteiligten, über einen vollen Anteil verfügen zu können, eine stillschweigende Abrede folgert, daß die Effektengirobank als Vertreter der Gemeinschafter neue Stücke einkaufen könne, so geht das zu weit. Zahlreiche Kunden würden im Falle ihrer Verlusthaftung nicht noch damit einverstanden sein, daß ihnen neue Auslagen erwachsen. Sie werden auf Ausfolgung ihres verminderten Anteils bestehen, nicht aber noch weitere Kosten tragen wollen. Das bedeutet nicht etwa die praktische Undurchführbarkeit der Teilung für die Fälle, in denen sich ganze Stücke wegen eines krummen Bruchteils nicht aushändigen lassen. Man braucht in einem solchen Falle nicht gleich an § 753 BGB. zu denken. Denn der Kunde könnte jedenfalls zunächst so viel Stücke erhalten als ganze Effekten auf seinen Anteil herausgegeben werden können. Erst bezüglich des letzten Restes würden sich Schwierigkeiten ergeben, die sich aber normaler Weise durch gütliche Einigung beseitigen lassen dürften.

Mit vorstehenden Ausführungen haben wir das nichtintakte Depot behandelt und zwar für die Fälle, in denen die Girobank nicht verpflichtet ist, für entstandene Verluste aufzukommen, der Verlust vielmehr aufgrund nicht zu vertretender Umstände eingetreten ist. Wir wenden uns nunmehr einem weiteren Problem zu, das, soll die Darstellung des nichtintakten Depots einigermaßen vollständig sein, erörtert werden muß. In dieser Beziehung handelt es sich zunächst um einen Vorgang, der in der Praxis wohl am häufigsten vorkommen kann, und deshalb den Kunden interessieren muß. Aufgrund ihrer Legitimation hat die Mitgliedsbank die Möglichkeit, über den Anteil des Kunden der zu ihren Gunsten bei der Sammelstelle gebucht ist, rechtswidrig zu verfügen, ohne eine Abbuchung auf dem Kundenkonto vorzunehmen. Sie kann das insbesondere durch Abholung und eigene Verwendung der effektiven Stücke oder Überlassung eines weißen Schecks an einen Dritten. Hat aufgrund dieser Verfügung ein Dritter — was die Regel bildet — das Vollrecht erhalten, so entsteht die Frage, welche Rechtsfolgen für die Gemeinschafter eintreten.

Deichmann und Ascher [84]) stehen auf dem Standpunkt, daß hier der dem Sammeldepot anhaftende Charakter einer Versicherung in Erscheinung trete: der Verlust verteile sich auf alle Gemeinschafter pro rata ihrer Anteile. Dieses Ergebnis kann unter keinen Umständen gehalten werden. Man muß sich nur darüber im Klaren sein, was rechtlich geschieht, wenn die Bank in der bezeichneten Weise verfügt. Wir haben schon oben bemerkt, daß die Bank, wenn sie von der Möglichkeit der Aneignung Gebrauch macht, selbst Eigentum erwirbt. Verfügt sie in nichtgerechtfertigtem Interesse über die Effekten weiter, so wird allein Eigentum des Kunden getroffen, nicht aber die Sammeldepotgemeinschaft. Das Eigentum des Kunden ist untergegangen, der Kunde ist im Falle des Konkurses der Bank auf eine gewöhnliche Konkursforderung angewiesen.

84) S. 126 bezw. S. 35, die allein dazu Stellung nehmen, allerdings ohne Begründung.

Ein Problem kann nur sein, wie es sich verhält, wenn die Mitgliedsbank nur über beispielsweise 50% der Kundenanteile verfügt, welche Kunden alsdann von der unerlaubten Handlung betroffen werden. Nehmen wir dabei den Fall, daß die Bank überhaupt keine eigenen Anteile hätte [85]), sondern lediglich 50 Kundenanteile für sie bei der Sammelstelle gebucht wären. Bilden nun die Kunden unter sich eine Schicksalsgemeinschaft? Die Frage ist wohl ebenso wie der in der Reichsgerichtsentscheidung Band 84, Seite 125 behandelte Vorgang zu entscheiden, da eine gerechte Lösung anders nicht möglich ist, immerhin aber auch hier mit der Einschränkung, die wir beim Sammeldepot aufgezeigt haben.

§ 7. Probleme der Einkaufskommission.

Zum Schlusse dieser Arbeit soll noch auf einen besonderen Vorgang eingegangen werden, der in der Praxis eine große Rolle spielt: die Einkaufskommission. In den Geschäftsbedingungen der Banken ist regelmäßig die Bestimmung enthalten, daß die Bank solche Aufträge als Kommissionärin durch Selbsteintritt ausführe, wenn nicht der Kunde ausdrücklich eine andere Abwicklung wünscht. Dieses Recht zum Selbsteintritt wird immer für Wertpapiere festgestellt, für welche Börsenpreise amtlich notiert werden. Dementsprechend ist die Kommission durch Selbsteintritt heute im Effektenverkehr fast ausnahmslos die Regel [86]). Die zur Ausführung der Kommission erforderliche Vollziehung des Selbsteintritts geschieht, im Einklang mit den tatsächlichen Gepflogenheiten des Handelsstandes, durch die Ausführungsanzeige [87]). Im Augenblick der Vollziehung stehen sich Kommitent (Kunde) und Kommissionär (Bank) als Käufer und Verkäufer gegenüber. Die Bank ist also verpflichtet, Effekten in der vom Kunden gewünschten Anzahl zu übergeben und ihm das Eigentum zu verschaffen. Die für den Girosammelverkehr interessierende Frage ist, ob die Bank dem Kunden als Erfüllung auch Miteigentum am Sammeldepot verschaffen kann, ob sie damit die vereinbarte Leistung bewirkt und endlich, ob und in welchen Formen sich die Entstehung des Miteigentums in der Person des Kunden vollzieht.

Über die Frage, ob die Entstehung von Miteigentum zu Gunsten des Kunden als Erfüllung anzusehen wäre, liegen regelmäßig Vereinbarungen zwischen den Kunden und der Bank aufgrund der Geschäftsbedingungen vor, da es in diesen etwa heißt: „bei einem Auf-

85) Hätte die Bank einen eigenen Anteil, so müßte sie ihn im Falle des Konkurses gemäß § 51 KO. dem Kunden zur Aussonderung zur Verfügung stellen.

86) Vergl. Dür. Hach. Anm. 32 zu § 383 S. 682.

87) Die Selbsteintrittserklärung liegt regelmäßig in der Ausführungsanzeige, vergl. RG. BA. 25, 322; KG. in LZ. 11, 234. Die in der Ausführungsanzeige gemeinhin gebräuchlichen Ausdrücke sind recht farblos, wie „wir überließen Ihnen" usw.

trage zum Kauf von Wertpapieren auf Termin gilt die der Bank daraus obliegende Leistung auch dann als bewirkt, wenn die Wertpapiere für den Kunden in Sammeldepot genommen sind." Davon abgesehen aber hat auch die Rechtsprechung (Reichsgericht 139, 116) die Verschaffung von Miteigentum als Leistung angesehen, die der Erfüllung in wirtschaftlicher Hinsicht gleichzuachten ist. Aber das klärt noch nicht die Frage, wie das Miteigentum verschafft wird. Wenn wir der Lösung näher treten wollen, müssen wir zuvor darüber im Klaren sein, daß der selbsteintretende Kommissionär (die Bank) — soweit er nicht zur Kompensation geeignete Orders anhand hat — regelmäßig zur eigenen Deckung ein entsprechendes Geschäft am Markt abschließt[88]). Demzufolge wird die Bank regelmäßig nicht eigene Effekten auf den Kunden übertragen, sondern ihm Miteigentum am Sammeldepot zu verschaffen suchen, nachdem sie selbst entsprechende Einkäufe vorgenommen hat. Dabei ist aber noch folgendes zu beachten. Der Einkauf durch die Kommissionärin erfolgt gewöhnlich noch am Tage der Kommissionserteilung, spätestens einen Tag später. Zur gleichen Zeit geht die Ausführungsanzeige (Selbsteintritt) an den Kommitenten ab. Alsbald danach erhält er ein Abrechnungsschreiben, das etwa lautet: „Wir berechnen Ihnen in Erledigung Ihres gefl. Auftrages bezw. laut unserer vorläufigen Anzeige vom ..... überlassene IG.-Aktien zu ..... für Ihr Soll. Die Stücke schreiben wir Ihnen auf Depot B. gut"[89]). Inzwischen ist aber keineswegs immer die Gutschrift für die Bank beim Sammeldepot erfolgt, vielmehr ist oft die Abrechnung längst vor der Lieferung der Stücke zu Gunsten der Bank erteilt. Die Frage der Eigentumsverschaffung ist also so zu stellen, ob der Kommitent (Kunde) bei Gutschrift auf Depotkonto im Augenblick der Gutschrift der Effekten zu Gunsten der Bank als Kommissionärin unmittelbar Eigentum erhält oder nicht.

Im Schrifttum ist streitig, ob bei der Kommission durch Selbsteintritt der Kommissionär das Eigentum sofort für den Kommitenten erwirbt[90]) oder ob er das Eigentum zunächst für sich erwirbt und dann erst auf den Kommitenten zu übertragen hat[91]). Wir vermögen den Standpunkt, daß der Kommissionär stets zunächst selbst Eigentümer werde, nicht bedingungslos anzuerkennen. Zweifellos hat diese Ansicht auf den ersten Blick etwas Einleuchtendes: daraus, daß der Kommissionär im eigenen Namen den Vertrag schließe, folge naturgemäß, daß er selbst Eigentümer werde, es folge aus dem Wesen der kaufm. Kommission, daß der Einkaufskommissionär das Gut zunächst für sich erwerbe, da er im eigenen Namen handele. Aber so zu argumentieren, bedeutet in eine Begriffsdogmatik zu verfallen, die nach der Sachlage nicht gerechtfertigt ist. Es ist nicht richtig, daß es „selbstverständlich" sein müsse, daß der direkte Erwerb des Eigentums für den Kom-

88) Dür. Hach. Vorbem. zu § 400.

89) oder Gutschrift auf Stückekonto, wenn der Kommitent noch nicht voll bezahlt hat.

90) so Jung in ZHR. 47, 183 ff.

91) so Dür. Hach. Anm. 61 zu § 400; Lehmann-Ring § 400 Nr. 23.

mitenten mit dem Handeln des Kommissionärs im eigenen Namen sich nicht vertrage, nur weil er eben im eigenen Namen auftritt. Wir haben schon oben die Rechtsfigur des „Geschäfts, wen es angeht" mit Bezug auf den Girosammelverkehr erörtert und haben uns nun zu fragen, ob nicht auch hier die Eigentumsverhältnisse auf dieser Grundlage geregelt werden.

Wollen wir von dem Regelfalle ausgehen, daß die Gutschrift aus dem Deckungsgeschäft für die Bank erst nach Erklärung des Selbsteintritts erfolgt. Dann tritt wiederum das dem gesamten Effektengiroverkehr anhaftende Moment der Interessenlosigkeit der Veräußerer an der Person eines bestimmten Eigentumserwerbes zutage. Keiner der Beteiligten wird, soweit er sich als Veräußerer betätigt, sich darüber besondere Gedanken machen, wer letzten Endes Eigentümer der von der Bank angeschafften Effekten wird. Damit sind wir aber schon einen bedeutenden Schritt weiter. Wenn wir die Lehre des „Geschäfts, wen es angeht" zur Grundlage für die weitere Prüfung nehmen, so kann es für die Frage, ob die Bank (Kommissionär) oder Kunde (Kommitent) Eigentum erwirbt, dann nur auf 2 Gesichtspunkte ankommen, darauf, ob die Bank beim Eigentumserwerbe als verdeckter Stellvertreter des Kommitenten handelte und ob zwischen Kommissionär und Kommitent ein den Besitz vermittelndes Verhältnis nach § 868 BGB. besteht.

Wenn wir es hier auf das Wollen des Kommissionärs nicht für sich, sondern für einen anderen zu erwerben, abstellen, so müssen wir uns gleichwohl hüten, allzu dogmatisch einem solchen Willen nachzugehen. Es kann bei der Erfassung der rechtlichen Vorgänge, wie sie hier liegen, nicht auf das abstrakte Wollen schlechthin, sondern nur auf den Willen ankommen, wie er uns aus der ganzen Art des Geschäfts in der Regel offensichtlich wird. Tatsächlich charakterisiert sich der Wille insbesondere dann, wenn er rechtserheblich ist, durch das Interesse. Der Kommissionär hat an Genuß und Besitz des zu seiner Deckung gekauften Gutes kein eigenes wirtschaftliches Interesse, sein bei dem ganzen Geschäft vorhandenes Interesse bezieht sich nicht auf die Ware, sondern auf seine Provision. Jedes rechtlich erhebliche Handeln wird in erster Linie von seinem wirtschaftlichen Zwecke beherrscht. So kann die natürliche Auffassung doch nur dahin gehen, daß sich in dem Mangel eines eigenen wirtschaftlichen Interesses des Kommissionärs, in der Tatsache des Vorliegens eines Kommissionsauftrages in Bezug auf das Kommissionsgut und in dem Wissen und der Vorstellung des Kommissionärs davon der Tatbestand der Vertretung beim Eigentumserwerbe erfülle.

Das wird außerdem noch durch die Abrechnung, die die Bank erteilt hat, klar. Die Gutschrift für den Kunden erfolgt, wenn er bezahlt hat, auf Depotkonto. Daraus folgt, daß die Bank Eigentum sofort unmittelbar übertragen will. Hat sie dieses Wollen nicht, dann offenbart sich das schon in der Abrechnung, weil dann die Gutschrift nur auf Stückekonto erfolgt, die Bank also unzweideutig erklärt, daß sie zunächst Eigentum bis zur Übertragung selbst behalten wolle.

Aber weiter fehlt es auch an dem Besitz vermittelnden Verhältnis nicht. Es bedarf keiner weiter gehenden Begründung, daß bei jedem Kommissionsgeschäft zwei in eigentümlicher Weise kombinierte Geschäfte vorliegen, eine Geschäftsbesorgung und ein Kauf. Daran wird durch den Selbsteintritt nichts geändert. Die Geschäftsbesorgung bleibt weiter bestehen und bestimmt die Rechte und Pflichten des als Selbstkontrahent, also als Verkäufer auftretenden Kommissionärs, ebenso wie die des Kommitenten, der in diesem Falle zugleich Käufer ist. Diese kombinierten Geschäfte äußern auch nach dem Selbsteintritt noch ihre selbständige Wirkung[92]). Ist das aber der Fall, dann besteht auch ein „ähnliches Verhältnis" im Sinne des § 868 BGB. da der Kommissionsauftrag allgemein dazu gerechnet wird[93]). Das geschieht auch zu Recht. Denn nach § 868 kommt es nur darauf an, daß die Bank dem Kunden gegenüber auf Zeit zum Besitze verpflichtet ist, und diesem Erfordernis ist bei der Kommission genügt, weil sie das Erlangte herausgeben muß und demzufolge auch verpflichtet ist, es bis zur Herausgabe zu besitzen[94]).

Es bestehen sonach keine rechtlichen Bedenken gegen die Annahme eines unmittelbaren Eigentumserwerbs des Kommitenten, auch wenn es sich um Kommission durch Selbsteintritt handelt. Auch hier können die Grundsätze über „das Geschäft, wen es angeht", Anwendung finden. Die begriffliche Konstruktion ist so einleuchtend, daß kaum verständlich ist, weshalb ein großer Teil des Schrifttums den unmittelbaren Eigentumserwerb des Kunden fast als selbstverständlich ablehnt. Der hier vertretene Standpunkt ist im Interesse der Bankenkundschaft zu begrüßen; denn im Falle des Konkurses des Bankenkommissionärs fällt, soweit die Gutschrift für die Bank erfolgt war, das unmittelbar erworbene Eigentumsrecht des Kunden nicht in die Masse, was immerhin zweifelhaft ist, wenn der Eigentumsübergang nur durch besonderes Tätigwerden der Bank zustande käme. Für den Fall, daß der Kommitent seinerseits den Kaufvertrag durch Zahlung erfüllt hätte, die Gutschrift zu Gunsten der Bank aber erst nach Konkurseröffnung erfolgt wäre, käme das besondere Konkursvorrecht des § 7 a Bankdepotgesetz zu Gunsten des Kunden zur Anwendung.

---

92) Dür. Hach. Anm. 16 zu § 383 S. 669.

93) so Staudinger Anm. III 2 a zu § 868 S. 71; RGR.Komm. Anm. 3 zu § 868 S. 21.

94) Das Reichsgericht (HRR. 1928 Nr. 1805) geht sogar noch weiter, indem es mit der gleichen Begründung die Geschäftsführung ohne Auftrag als Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 BGB. ansieht.